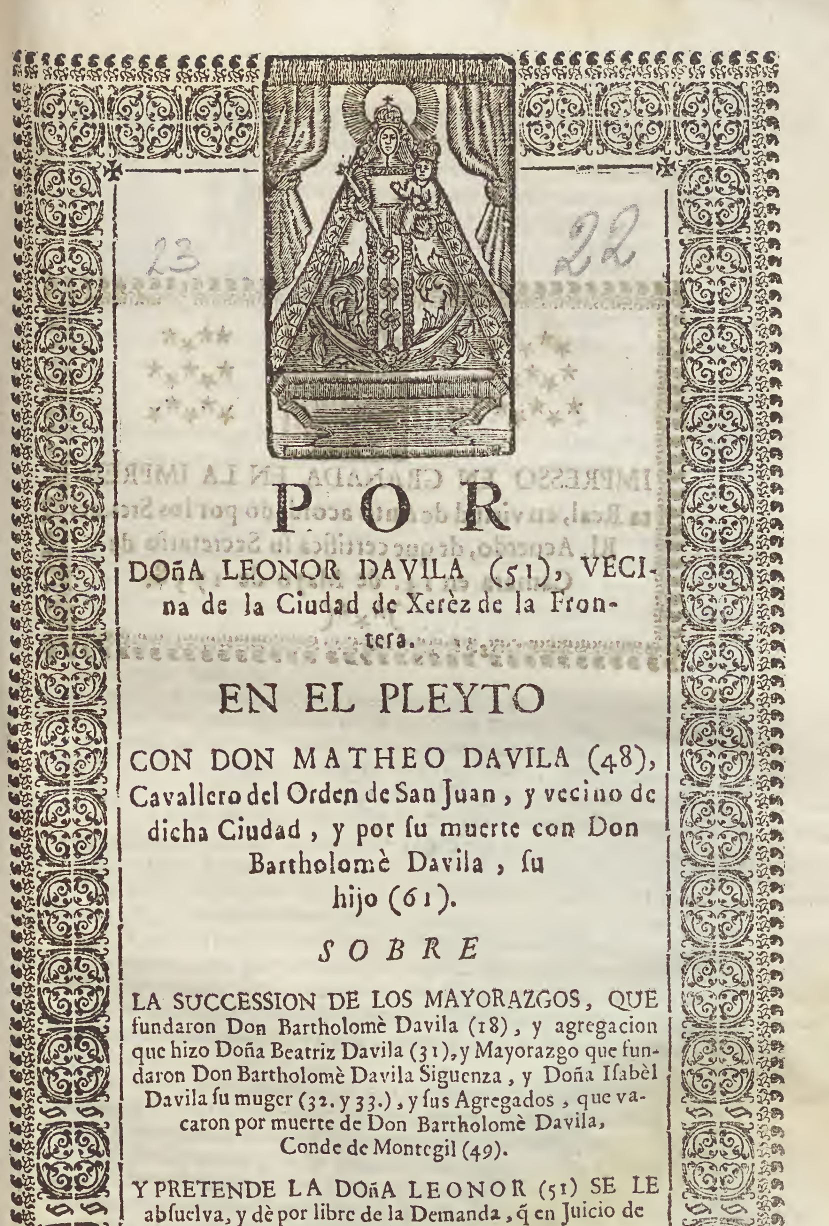


23

22

POR

DOñA LEONOR DAVILA (51), VECI-
na de la Ciudad de Xerèz de la Fron-
tera.

EN EL PLEYTO

CON DON MATHEO DAVILA (48), Cavallero del Orden de San Juan, y vecino de dicha Ciudad, y por su muerte con Don Bartholomè Davila, su hijo (61).

SOBRE

LA SUCCESSION DE LOS MAYORAZGOS, QUE fundaron Don Bartholomè Davila (18), y agregacion que hizo Doña Beatriz Davila (31), y Mayorazgo que fundaron Don Bartholomè Davila Siguenza, y Doña Isabèl Davila su muger (32. y 33.), y sus Agregados, que vacaron por muerte de Don Bartholomè Davila, Conde de Montegil (49).

Y PRETENDE LA DOñA LEONOR (51) SE LE absuelva, y dè por libre de la Demanda, q̃ en Juicio de Propriedad se le ha puesto.

)*⁎*(　　)*⁎*(




IMPRESSO EN GRANADA EN LA IMPRENta Real, en virtud de Auto acordado por los Sres. del Rl. Acuerdo, de que certifica su Secretario de Camara en 13. de Mayo de 1758.

)**(

DON MATHEO DAVILA NUM. 48. Y POR SU fallecimiento Don Bartholomè Davila (61), su menor hijo, y su Curador ad litem, pretenden se declare, le tocan, y pertenecen los Mayorazgos fundados por Don Bartholomè (18), agregacion que à èl hizo Doña Beatriz Davila (31), y Don Bartholomè Davila Siguenza (33), y Doña Isabèl Davila (32), su muger, y hija del Don Bartholomè (18) y Doña Leonor Maria Davila (51), se le absuelva de dicha pretension, manteniendosele en la possession, vso, y goze de dichos Mayorazgos, en que se halla por la Executoria de Tenuta.

2. Todos los Fundadores erigieron sus Mayorazgos, del tercio, y quinto de sus bienes (*Mem. impress. num. 3. y 9.*), y el Don Bartholomè (18) incluyò la legitima materna, que perteneciò à Doña Maria Davila (30) su hija, de que avia sido heredero Don Bartholomè (29). (Ponese esta Clausula à la letra por no estar con bastante expression en el Memorial): *Y con que en esta donacion* (dice literalmente la Fundacion), *y Fundacion, entrassen, y se contassen, y comprehendiessen la legitima, y herencia materna, que perteneciò, y pudo pertenecer à Doña Maria Davila* (30) *hermana del dicho mejorado* (este fue Don Bartholomè (29)) *de quien este fue heredero universal, mediante la licencia que dicho Fundador le diò, para que testasse, y le dexasse por tal heredero*: cuya inclusion aceptò el Don Bartholomè (29), como las demàs condiciones, y gravamenes que se expressan en dicha Fundacion. (*Mem. num. 3.*).

3. Llamaron dichos Fundadores (18. y 31.) à sus hijos, y hermanos respective (29. 28. y 32.), y à Don Gomez Davila (19), y Doña Isabèl (20), con la preferencia regular entre sus descendientes, del mayor à el menor, y varon à hembra, y en defecto de dichas lineas, substituyeron à el pariente mas propinquo varon, *que fuesse del linage, y apellido de los Cavalleros Davila, de varon por virtud de su Padre Don Bartholomè* (11), previniendo en sus descendientes el mismo orden regular de succeder. (*Mem. n. 4. y 5.*)

4. Doña Leonor Maria (51), desciende de dicho D. Bartholomè (18) por sus dos hijos Don Bartholomè (29), y Don Garcia (28), y el Don Matheo (48), y Don Bartholomè (61), solo traen su origen por el Don Garcia; de modo, que del (29), primer llamado, solo desciende la Doña Leonor, como su tercera nieta, por serlo del (36), hijo de Doña Mariana (39), q̃ lo fue del D. Bartholomè (29); y aunque ambos Litigantes, traen su descendencia del Don Garcia (28), segundo llamado, el Don Matheo (48) por su hija segunda Doña Leonor (38), y Doña Leonor (51), por su primogenita Doña Mariana (37).

5. Los Fundadores (32. y 34.), despues de sus hijos (40. 41. y 33.), llamaron à Don Garcia (28), y à Doña Mariana Davila (39), hija del (29). De la descendencia de estos Fundadores, no ha quedado succession, y assi ha passado el Mayorazgo à la linea del Don Garcia (28), de quien siendo descendiente la Doña Leonor (51), y de Doña Mariana (39), tiene dos llamamientos, para este Mayorazgo, y uno solo el Don Matheo (48), por su Abuela Doña Leonor (38), hija del (28).

6. Estos Fundadores hicieron, como los antecedentes, sus llamamientos en la forma regular, (*Mem. num. 9.*), impusieron à las hembras,

que huvieſſen de ſucceder, el gravamen de que huvieſſen de contraer matrimonio con Cavallero de ſu linage Davila, previniendo dos caſos; el primero, en que la hembra ſucceſſora no eſtuvieſſe caſada al tiempo de la ſucceſsion, en cuyo caſo verificada la tranſgreſion llamaron excluìda aquella al ſiguiente en grado (*Mem.num.7.y 10.*); el ſegundo, quando eſtuvieſſe caſada con extraño al tiempo que ſe le difirieſſe el Mayorazgo, en el que excluìda, llamaron al *varon de ſu deſcendencia de la generacion, y linage Davila*, añadiendo los de el 18. y 31. que avia de ſer *por via de varon de ſu Padre* (11) *aunque eſtuvieſſe en mas remoto grado*, llamando en ſu defecto, *à la hembra mas propinqua de dicho ſu linage, y deſcendencia, que no fueſſe hija de la Contraventora* (*Memor.num.8.y 11.*)

7. Bacaron eſtos Mayorazgos, por muerte de el Conde de Montegil (49), cuya hermana mayor (50) ya fallecida, avia caſado con Cavallero eſtraño, por lo que aunque dexò copioſa ſucceſsion, quedò eſta excluida en la Sentencia de Tenuta, y perſuadidos Don Matheo (48), y Don Bartholomè (61), ſer los varones llamados en el ſegundo caſo prevenido por los Fundadores, pretenden dicha ſucceſsion. Cuya notoria excluſion harà ver Doña Leonor Maria en dos parrafos, demonſtrando en el primero, *que en el ſegundo caſo, no eſtàn llamados con antelacion à todas las hembras promiſquamente los varones, y no ſer la vacante actual, el caſo ſegundo prevenido por los Fundadores; y en el ſegundo, que aun quando el caſo ocurrido fueſſe el que los Fundadores previnieron, no ſon Don Matheo* (48), *y Don Bartholome* (61), *los varones que llamaron.*

§. I.

EL VARON MAS REMOTO, LLAMADO POR los Fundadores, en caſo de eſtar caſada con eſtraño à el tiempo de la ſucceſsion, la hembra que debia ſucceder, no prefiere à la hermana de el vltimo Poſſeedor, capaz de cumplir la condicion, ni el caſo de la vacante actual, fue el preuenido por los Fundadores.

8. JUzgarà Don Matheo (48), tener à ſu favor llamamiento literal, en caſo de eſtar caſada la hembra con varon eſtraño; *à el tiempo que ſe difirieſſen eſtos Mayorazgos*, quedò excluida, y llamado el varon *de la deſcendencia, generacion, y linage Dauila* de los Fundadores. *Memor. num. 8. y 11.* en la vacante cauſada, por fallecimiento de el Conde de Montegil, avia caſado con eſtraño Doña Cathalina (50) ſu hermana mayor, Don Matheo es de la deſcendencia de el Fundador (18), como ſu tercero nieto, de la generacion, y linage Davila por via de varon, como aparece de el Arbol, por ſer quinto nieto de Gomez Davila (2), Abuelo de Don Bartholome (18), y Viſabuelo de Doña Iſabel (32); y ſeptimo nieto de Juan Vernalte Davila (B), quarto Abuelo que fue de Don Bartholome (33), luego el varon llamado, aunque fueſſe mas remoto en defecto de la hembra que avia con-

contravenido à el tiempo de la succesion, es Don Matheo (48) inferirà, y por su fallecimiento Don Bartholome (61).

9. Esta literal verificacion de la Clausula, la corroboran con el llamamiento, que hicieron de las hembras de su descendencia, y linage los Fundadores: substituido à la transgresora el varon de su linage, y descendencia, aun de *mas remoto grado*, en su defecto llamaron à la hembra mas propinqua de dicho su linage, y descendencia, de suerte, que el *varon mas remoto* fue antes llamado à la succesion, que la *hembra mas propinqua*. La varonia en su descendencia, y linage, fue preferida à la mayor proximidad de las hembras, Doña Leonor (51) es la hembra mas immediata à los Fundadores, por serlo de el vltimo posseedor (49), Don Matheo (48), y Don Bartholome (61), aunque sean mas remotos por estar fuera de la linea, y en grado inferior, son varones con las qualidades apetecidas, luego deberàn preferir a la Doña Leonor (51).

10. Llamada la hembra mas propinqua de su linage, y descendẽcia, en defecto de el varon aunque fuesse mas remoto, exceptuaron los Fundadores las hijas de la contraventora; de que resulta, por illacion precissa la preferencia, que dieron al varon de su descendencia los Fundadores aunque fuesse mas remoto, à qualquiera hembra por proxima que fuesse: en la hembra mas propinqua substituida al varon, sino huvieran exceptuado la hija de la que contravino, creyeron podia considerarse llamada, como que siendo hija de la transgresora era notoriamente de mejor linea, luego en aquel llamamiento de las hembras las incluyeron todas de qualquier proximidad que fuessen, pues excluida sola la hija, de la que contravino, todas las demàs estàn llamadas. *Text. in cap. Dominus 7. quæst. 7. 32. caus. Dominus ad illud confirmandum solam fornicationis causam excepit, ceteras vero vniversas, & innumerabiles molestias si quæ extiterint jubet pro fide conjugali, & pro castitate fortiter substineri*, Dom. Salgado *de protect. part.* 1. *cap.* 2. §. 5. *à num.* 1. Pareja *de Edit. Instrum. tit.* 5. *resol.* 13. *num.* 16. D. Vela *dicert.* 13. *num.* 12. & 49. *num.* 67. D. Covarruv. *lib.* 2. *Var. cap.* 5. *à num.* 4. Luego por proxima que sea la Doña Leonor (51), està substituida al varon aunq sea mas remoto: cuya qualidad verificada en el D. Matheo (48), infiere aver llegado el caso de su substitucion, como deber en su defecto, y su linea ser admitida la Doña Leonor (51).

11. Vltimamente podrà ponderar el Don Matheo (48), la substicion anterior, que de el varon mas remoto hicieron los Fundadores à la hẽbra mas propinqua, con este dilemma. O quando excluyeron à la contraventora, y llamaron al varon, excluyeron tambien à las hijas de aquella, ò solo lo hicieron, quando la exceptuaron en el llamamiento de la hembra mas propinqua? Si lo primero, admitido el varon en defecto de la contraventora, y su hija, aun à esta en el llamamiento de las hembras, posterior à el varon mas remoto, la excluyeron de modo, que no solo quisieron preferir à el varon, sino que nunca la quisieron admitir, y assi en este caso como en el segundo, es evidente la antelacion de el varon à todas las hembras, porque si estas se admiten quando aquella se excluye, el varon anteriormente substituido, les debe preferir en la succesion.

12. Si esta inteligencia, que el Don Matheo (48), dà la Clausula pudiera subsistir, quedaba destruida la Fundacion, y el llamamiento de el siguiente en grado, que en caso de contravencion hicieron los Fundadores.

Los

en la Clausula anterior. Los llamamiẽtos q̃ de sus hijos, y hermanos hicieron fuerõ en la forma regular. La preferencia del varon à la hembra, fue solo dẽtro de la misma linea, y grado. No apetecierõ rigorosa agnacion, assi, primero q̃ à los varones descendientes de D. Garcia (28), llamò el Don Bartholomè (18), à las hembras del D. Bartholomè (29), y à las de aquel, y de la del (32), à la descendencia de su hermano (19), luego si en el caso de aver casado la hembra con Cavallero estraño, huviesse de preferir el varon, aunque fuesse mas remoto à la hembra mas propinqua de mejor linea, y grado, como lo es Doña Leonor (51), quedaria destruida la succession regular.

13. Quando la successora contraxesse su matrimonio con varon estraño, aviendo de su linage Cavallero con quien poder casar, la excluyeron, y llamaron al siguiente en grado: este es vnivoco à varon, ò hembra. Torre, *de Maiorat. part.1. cap. 26. §.8. num.167. leg.45. Taur.* ibi: *En el siguiente en grado*, vbi Velazq. *Gloss.7. & ad leg.40. Gloss.3. leg.7. tit.7. lib. 5. Recop.* ibi: *El hijo, ò hija segundo*: *iunct. dict. leg.45. Taur.* de quo optimè Roxas, *part.4. cap.1. à num.46.* & ibi Aguila, *& part.7. cap.6. à num. 6.* Y propriamente denota al que segun la classe de Mayorazgo, es el immediato successor. Si quando la hembra al tiempo de la delacion del Mayorazgo huviesse contravenido, fuesse precissamente el llamado el varon mas remoto en competencia de qualquier hembra, aunque fuesse de mejor linea, y grado, no podia tener lugar la substitucion del siguiente en grado: luego, ò esta substitucion no podia substituir, ò aquella inteligencia no puede tener lugar.

14. La distincion de casos, aunque muy oportuna para evitar el inconveniente de toda contrariedad en qualquier disposicion. Optimè Roxas, *part.1. cap.10. per tot. precipuè num.30. & 35. & part.4. cap.5. à numer.4.* Dom. Castill. *lib.3. Controv. cap.10. à num.18.* Aguila, ad Roxas, *loc. citat.* nõ lo es en el presente. En vna, y otra Clausula solo està la diferiencia, en que la hembra en vna no obedece despues de aver succedido; en la otra no puede obedecer, por aver antes contraido con estraño: en vno, y otro caso contraviene al fin que apetecieron los Fundadores; en ambos queda excluida con su linea; immediatamente hace transito à otra persona: Porquè, pues, en el primer caso ha de deferirse la succession de los Mayorazgos à el mas proximo, sea varon, ò hembra, y en el segundo precissamente al varon, aunque sea mas remoto? ay, ni puede aver en ambos casos otra razon, que la de conservar la agnacion en su descendencia, que quisieron, mediante dicha condicion los Fundadores? Alvar. Pegas, *de Exclus. & Inclus. cap. 14. n. 120. Ideo mihi videtur, Maioratum non eius fuisse agnationis quæ fæminas proximiores repelat, sed non ideo existimo, instituentem, agnationem penitus contempsisse, sed eam quidem prudentissimo modo conservare voluisse: nempè vt femina, vltimi possessoris proximior, in Maioratu succederet, sub ea conditione nubendi agnato, ex qua filios agnatos procreare posset, qui sanè successionem à matre, & agnationem à Patre acciperent* :: (inserta Clausula semejante de privacion) *ex quibus verbis manifeste demonstratur, fæminas vere esse successores, quibus pena amissionis imponitur, si agnato proximiori nubere noluissent: & quidem nec etiam eo casu ipsi agnato Maioratus adquiritur, sed potius à quem de direito vier, ù à quem pertenecer, ac si diceret: Alteri fæminæ gradu, aut ætate immediatæ, quæ nuptias secundum instituentis voluptatem contraere velit.* Si pues, en vn caso se logra por medio de hembra, que cumpla con la condicion, este fin: porquè ha de ser tan diferente el

lla-

llamamiento, quando en el otro del mismo modo se consigue?

15. La vnica razon, que los Fundadores tuvieron para imponer à las hembras, la condicion de casar con Cavallero del linage Davila de varon, fue la conservacion de su linage, en su descendencia; pues casando la hembra su descendiente con varon agnado de su familia, lograban perpetuar en su descendencia los Mayorazgos con su apellido, y memoria de su Casa; de suerte, que siguiendo el curso de sucession regular, se conseguia el mismo fin, que si fuessen Mayorazgos de agnacion; evitando por dicho medio la exclusion de las hembras, sus descendientes, inconveniente que era necessario, si solo tratassen de conservar la agnacion. Et num. 121. *Sequitur plane ex dictis, quod cum agnationem institutor voluit, quæ per medium feminæ proximioris conservari potest, nempe eis percipiendo, nubere agnato, ex quo filios agnatos suscipere potest: & fuit quidem prudentissimum instituentis consilium, quia non exclusa femina proximiori, imò expresse vocata, agnatum etiam admisit, ex quorum coniunctione, liberi procreati, duplici Vinculo sanguinis instituentem ipsum atingunt, altero, per Matrem, altero, per Patrem: ideo ego invenio in presenti, illustrissimam ream, feminam vltimo Maioratus possessori proximiorem, aptam ad nubendum agnato alvi Castrorum, ex quo liberos illos quos institutor voluit suscipere posset: ergo, non possum eam excludere, & actorem, agnatum alterius lineæ admitere, &c.* Videat etiam, num. 145.

16. Conseguian igualmente, que los hijos de aquel matrimonio quedassen vnidos con dos Vinculos; vno por su Padre pariente de los Fundadores, por quienes eran agnados; otro por su Madre, de quien recibian la descendencia, juntando qualidades tan apreciables, se evitaba la irregularidad de vna rigorosa agnacion, que en vn solo enlaze con los Fundadores, la preferirian à la mas immediata recta conexion de sus descendientes, quedando estos excluidos quando los estraños estaban llamados. Dom. Molin. *lib.2. cap.12. num.52. & lib.3. cap.4. num.15.18.19. & seqq.* vbi Add. P. Molina, *de Iustit. & Iur. disput.625.* Lar. *de Vit. Homin. cap.30.* Dom. Vela, *dissert.49. à num.7.* Marquez *in Guvernat. lib.1. cap.30.*

17. No es creible, que en estas Fundaciones hechas con tanta premeditacion, y regularidad, atendiessen mas los Fundadores à la material diversidad de los casos en que no tenia efecto la condicion, que al fin vnico que les moviò à imponerla; pues no dicta la prudencia la atencion precissa à los medios con que el fin se logra, sino à que este se consiga, ò por el medio prevenido, ò por otro equivalente. Cardin. de Luca, *disc.45. de Fideicom. num.4. Contrarium ego scribens pro camila, dicebam verius etiam cum sensu veritatis, dum cesabat concursus aliarum feminarum quæ adimplere possent voluptatem Testatoris in forma precissa; quo solum casu dificultas intrare posset; secus autem in concursu vlterioris substituti vocati in defectum generis predilecti ac prius vocati, quoniam testator formam predictam adiecit; non pro aliqua solemnitate, sed ad certum efectum, vt scilicet eius vir, cognomen, & arma asumendo ac filios procreando ita familiã Testatoris artificialiter renovaret. Quando autem forma respicit certum effectum, tunc necessarium non est; eius implementum precissam, sed receptum est, sufficere per equipollens.* Pegas, *dict. loc. num.149. igitur nulum faciendum est discrimen quoad efectum quem institutor voluit, inter casum agnate proximioris, seù proximioris cognate, cum vtraque earum, nuvendo agnato, & ex eo liberos suscipi-*

piendo perfecte satisfacit menti, & intentioni institutorum, quæ potius sunt inspicienda, quam verba. Cancer *Variar. part.* 1 *cap.* 1. *num.* 65. Dom. Castillo *lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 21.

18. Fundò Don Antonio de Castilblanco, vn Mayorazgo para su sobrino Don Lorenzo, y sus descendientes varones de varon, en defecto de estos llamò à la hija, ò hermana de el vltimo posseedor, con la condicion precissa de contraer matrimonio con varon agnado de la familia de Castilblanco. Despues de estas, ò porque el vltimo posseedor de aquella linea no huviesse dexado hija, ò hermana, ò huviessen faltado à la condicion, llamò à su pariente mas immediato agnado de su familia. Pegas *loc. citat. à num.* 79. *& num.* 95. *Esendo caso que do dito meu sobrinho Don Laurenzo de Castelblanco, è de sus descendentes &c. em tal caso quero, è mando que herde el dito Morgado de Capella faceda, è, o, a elle acumulado, ò parente mais chegado, do deraidero, possuidor, que descenda, dos Casteisbrancos, meus antepassados, por linea masculina, è legitima sempre*, acabada la succesion de el primer llamado, tuvo efecto el llamamiento de el transversal, en cuya descendencia, por aver faltado à la condicion la hembra mayor passò à la menor: cuya linea aviendose extinguido, litigaban el Mayorazgo vna hembra descendiẽte de la hembra mayor, que contravino con agnado de dicha familia aunq̃ mas remoto, este se fundaba en estar llamado el varon agnado mas proximo de la hija, y hermana del Don Lorenzo, cuyo llamamiento se entendia repetido en todas las vacantes, por la extinciõ de lineas de los transversales en q̃ huviesse entrado la succesion. Pegas, *loc. citat. num.* 94. *Certum est in iure, quod vbi in institutione Maioratus datur specialis Clausula, quæ casum super quo controvertitur comprehendat, illa Clausula, & vocatio per trahenda est ad casum similem, vbicumque de succesione agatur, in casu à Testatore decisso, ita vt si moveatur quæstio inter transversales dispositio, quæ de transversalibus loquitur in omni casu simili reperta iudicetur.* No avian sido llamadas otras hembras, que la hija, y hermana del vltimo posseedor de la linea del Don Lorenzo, que eran necessariamente agnadas; la hembra que litigaba no lo era, por ser descendiente de la que por su transgresion fue excluida, aunque prompta à cumplir la condicion, no era de la classe de las vnicamente nombradas, siendo aquellas de la familia, y està cognada: y sin embargo se declarò à favor de la hembra por su mejor linea, y grado; y porque estando prompta à cumplir la condicion, se lograba el efecto por el Fundador apetecido, aunque fuesse no de la classe de las vnicamente nombradas, por ser material la distincion de agnacion, y cognacion en las hembras, quando sus hijos, solo de su Padre avian de recibir la deseada agnacion. *Idem loc. citat. num.* 123. *Et quamvis instituens, de filia, aut sorore tantum meminerit, eadem ratio, & idem efectus consequitur, si admitamus quamcumque alliam proximiorem feminam cognatam, quæ apta sit ad nubendum agnato, quia huius liberi sunt adeo perfecte agnati, adque si ex femina agnata suscepti essent, omnem namque agnationem à Patre recipiunt, nullam à Matre, quæ quamvis agnata finis est agnationis: ergo evidenter sequitur, quod feminæ in hoc casu, ideo sunt admisse, non quia agnatæ, sed quia nubendo agnatis, possunt in liberis, ex persona Patrum, agnationem reparare.*

19. En este, y en el de nuestras Fundaciones, està igualmente llamado el varon agnado, en defecto de la contraventora: En vno, y otro fue apetecida la agnacion, por aquel discreto artificio, que mediante la condicion

cion impuesta à las hembras, dispusieron los Fundadores; pero con la notable diversidad, que la hembra en aquel caso solo estaba llamada, siendo hija ò hermana del vltimo posseedor de la linea del Don Lorenzo. En el de nuestras Fundaciones estàn llamadas en la forma regular: la hembra que litigaba, no era agnada, como las vnicamente nombradas: la Doña Leonor Maria (51) es de las mismas circunstancias, que Doña Cathalina (50), por la contravencion excluyda: capaz de cumplir la condicion igulmente que aquella, y verificar el fin apetecido por los Fundadores: la hembra de los Castilblancos aunque de mejor linea, y grado estaba ya postergada: Doña Leonor està en la la linea actual del vltimo posseedor: y si no obstante de estar alli llamado el varon mas proximo, se declarò à favor de vna hembra cognada, postergada de distinta clase de las llamadas, en vn Mayorazgo fundado por vn transversal, contra el varon agnado de inferior linea, solo porque la hembra cumpliendo la condicion, podia llevar à debido efecto el fin por el Fundador apetecido, sin invertir la preferencia de la linea. Idem loc. citat. *num.* 124. *Et in hanc interpretationem conspir ant, voluntas testatoris, & juris dispositio, & primo, quia quamvis varie magis, quam contrarie scribant Doctores, super quæstione illa, an quando verba contraria sunt menti, ista potius quam illa sint atendenda? nos quidem, non habemus verba expressa, quæ feminas cognatas excludant, mentem autem apertissimam havemus, qua institutor ipse visus fuit feminas agnatas vocase, ad eum efectum, vt nubendo agnatis, agnatos liberos procreare possent; hæc autem mens, & voluntas equæ per cognatas ad que per agnatas perficitur, at vero mente inpotius, quam nudum verborum corticem atendendum esse*::: & *num.* 150. *Aliter nanque contra juris regulas, & institutoris voluntatem, feminam proximiorem lineæ, in qua majoratus intravit, aptam, & proptam ad nubendum agnato, ex quo liberos agnatos procreare posset excluderem, & agnatum alterius lineæ de qua institutor non cogitavit admiterem:* Quanto mas deberà en estos Mayorazgos, succeder Doña Leonor Maria (51), siendo fundados por sus ascendientes (18), de tercios, y quintos con llamamientos regulares, y aun en caso precisso de contravension capaz de contribuir igualmente, que Doña Cathalina (50), à el vnico fin por los Fũdadores deseado, en competencia de el Don Matheo (48), que aunque varon se halla mas remoto por de inferior linea, y el D. Bartholome (61), tambien de mas remoto grado.

20. De modo, que aun quando se admitiesse (q̃ se niega) ser literal el caso de la Clausula para el llamamiento de el Don Matheo (48), y Don Bartholomè (61), no podian preferir à Doña Leonor (51), pues estando esta capaz de cumplir la condicion impuesta por los Fundadores, y assi tener la succession que desearon, tiene à su favor la mente, que es la q̃ vnicamente se debe atẽder, por mas q̃ las palabras denotẽ cõtrario sentido. Cardin. de Luc. *loc. citat. n.* 6. *In idem cadente etiam, receptissima propositione, quæ in ista presertim vltimarum voluntatum materia ante omnia pre oculis habenda est, vt spectari non debeat cortes, & figura verborum sed substancia voluntatis: conducunt dict. num. antecedent. & num.* 129. *in med. quia si omnes clausulæ repetitæ censentur, curquæso quod instittutor disposuit in filia, aut sorore vltimi possessoris, in alia quacumque femina ei proximiori, & quam alius non precedit in gradu, repetẽdum non erit? presertim cum eadem ratio in hac, & illa militet, idemque sequatur efectus, absque vel minima diferentia? &*

cus

cur ea pretermissa, agnato nubere parata, allium agnatum admitimus, nudum magis verborum corticem, quam instituentis intentionem, &c. tomadas en todo rigor.

21 De lo dicho resulta por precissa illacion; que si en el primer caso, esto es, si la Doña Cathalina (50), huviera sido excluida de estos Mayorazgos, por aver contravenido despues de averse le diferido su succesion, la Doña Leonor (51), seria induvitada successora, lo mismo debe succeder en el segundo, en que avia casado con estraño, y fallecido la Doña Cathalina (50), en ambos casos el motivo de la exclusion de la transgressora, es vno, como tambien el de la condicion: ambas hembras (50, y 51), respecto de los Fundadores estàn en la misma linea, y grado con igual preferencia à Don Bartholome (61), y Don Matheo [48], la Doña Leonor igualmente cumpliendo la condicion puede hacer, tenga efecto el fin de los Fundadores: luego es precisso inferir, entre ambos casos vna total contrariedad, ò que el llamamiento de el *varon mas remoto*, de el segundo caso se entienda, y declare *por el siguiente en grado*, en el primero substituido, como que vna parte de la disposicion se declara por otra, en que està con mas expression la mente del Fundador. *Leg.* 41. §. *Ex his, ff. de Vulgar. Leg.* 78. §. *Si Pater, ff. ad Trebelian.* Dom. Castillo, *lib.* 3. *Controv. cap.* 15. *num.* 30. & *lib.* 4. *cap.* 50. *num.* 28. Pegas, *cap.* 6. *de Exclus. & Inclus. n.* 31. Dom. Larr. *decis.* 53. *n.* 10. & 54. *num.* 8. *Quia subsequentes substitutiones post eam de qua dubitatur, & omnes quæ antea adiectæ semper requirunt masculos, ex masculis descendentes esse, vt possint admiti, & ita intermedia substitutio eodem modo debet interpretari ::: & ad alliam partem dispositicnis referenda, interpretatio dubiæ orationis :: & frustra interpretatio sumitur, extra ipsam mentem disponentis, quia nulla melior quam ea quæ fit ab ipso Testatore; & semper voluntas Testatoris talis presumitur in substitutionibus, qualis fuit in institutionibus.* Rox. *optime part.* 1. *cap.* 10. *num.* 30.

22. Esto se evidencia considerando, à que en el primer caso prevenido en la Clausula tercera, llamado el *siguiente en grado*, no se halla excluida la hija de la contraventora, ni su linea, que en el segundo de la Clausula quarta, lo està igualmente que su madre: en vno, y otro caso es evidente quedaria excluida la linea de Doña Cathalina (50), si pues el llamamiento *de el siguiente en grado*, en el caso de que la hembra contravinieste, despues de estar en possession de los Mayorazgos, se entiende con exclusion de la hija por estarlo en el segundo, en que se hizo la exclusion, porq̃ el llamamiento de el varon, no se avrà de referir à el del siguiente en grado, que se hizo en el primero? si porque ay vna misma razon en vno, y otro caso para la exclusiõ de la linea de la transgressora, la exclusiõ en el vno se extiẽde à el otro, en que no solamente no se hizo, sino que parecia hallarse admitida como se dirà despues: porquè el llamamiento de el varon, hecho en vn caso, no se explicarà por la substitucion de el siguiente en grado, que en el otro se hizo? no pudiendo asignarse diversidad de razon?

23. Pero aun quando la diversidad de los casos, en dichas Clausulas contenidos, pudiera hacer menos concluyente el expressado fundamento, sin salir de los terminos del caso de la Clausula quarta, parece convicente: No es dudable, que si la Doña Cathalina [50], no huviera estado casada con estraño al tiempo del fallecimiento del Conde de Montegil, huviera succedido con preferencia à Don Matheo (48): la Doña Leonor (51), se halla con

24. Esto demuestra; que el llamamiento *del varon mas remoto*, en este segundo caso, no puede ser en perjuicio de Doña Leonor, porque teniendo todas las circunstancias de la hembra que contravino, y que sino lo huviera hecho, preferiria al varon mas remoto, mas que excluida, se entiende omitida, por no aver prevenido este caso los Fundadores; y siendo igual la disposicion del caso omisso al expresso. Dom. Castillo, *lib.*4. *cap.* 15. *à num.* 22. *precipuè num.*31, *Casus omisus quando est similis expresso, & habet eundem efectum, admititur extensio, & porrigitur dispositio, à casu expresso, ad casum omissum.* optimè Roxas, *part.*8. *cap.*1. *à num.*37. cum mult. seqq. D. Molina, *lib.*1. *cap.*5. *à num.*7. vbi Add. Dom. Paz, *de Tenut. cap.* 57. *num.* 190. Asi como la Doña Cathalina (50), preferiria por la regularidad de estos Mayorazgos, y mejor linea de primogenitura, y possesion: la misma qualidad que asiste à Doña Leonor (51), debe preferirle al Don Matheo.

25. La misma omision de la hermana de la Contraventora, es argumento positivo de su no exclusion. En el caso del Mayorazgo de Castiblanco, aunque la hembra era tan diversa de las dos nombradas, porque no estaba expressamente excluìda, se entendiò llamada, porque cumpliendo con el precepto, igualmente se lograba por su medio la succesion, que quiso el Testador en las expressamente substituìdas. Pegas, *dict. cap.* 14. *num.* 125. *Quarto tandem negari non potest, quod casus iste, quo agnatus nullo relicto agnato descendente decesit, reliquit tandem feminam cognatam, in eadem linea existentem non est in tota institutione expressus, at vero in ea eadem ratio viget, ad que idem efectus sequitur, vt supra consideravimus, quia cognata ista vltimo possessori est proximior in linea, in qua Maioratus subintrat, quæ si nubat agnato, idem prorsus sequitur efectus, quem institutor voluit in casu expresso; ergo ad casum omissum trahenda est eadem dispositio.* Et num. 148. *Presertim, cum non reperiantur excluse, & fæminæ lineæ pro se habeant iuris regulas, & non excludantur, nisi verbis expresis aut evidentissimis conjecturis.* Y siendo la classe de estos Mayorazgos por su regularidad mas favorables, que aquel à las hembras, y Doña Leonor Maria (51) sin los defectos que el varon, que en aquel llamamiento por ser *agnado mas proximo*, se creia substituido oponia à aquella. Pegas *loc. citat. num.* 151. *Firmiter tenet tertius preclarissimus Dominus, quod presentem controversiam resolvit Clausula especialis* (es la referida arriba), *quæ disponit quod deficientibus descendentibus Laurentij, Maioratus ad agnatum transversalem, proximiorem, semper per lineam masculinam, descendentem, deferatur: Vnde cum vltimus possessor, Ioannes, illustrissimus, absque sobole decesisset, iudicandum videtur quod ad actorem agnatum proximiorem, semper per lineam descendentem succesio deferenda est. Et num.*93.94. *& sequent.* 123. *&* 129. Como podrà estimarse pospuesta al Don Matheo (48), y su hijo (61), por estar llamado en defecto de la que contravino el varon, aunque estuviesse *en mas remoto grado*.

26. Que esta fuesse la mente de los Fundadores, lo evidencia la Clausula misma; excluyen à la hija de la Contraventora, y no hacen expression alguna de su hermana: si fuesse su animo posponer esta al varon lo huvieran expressado: asi la hija como la hermana de la transgressora, casando con varon del Apellido, podian tener varones del linage, y familia de los Fundadores. Por ambos medios se lograba igualmente la conservacion del li-

linage, Armas, y Apellido deseada en los successores: solo entre vna, y otra ay la diferencia de la agnacion, que tiene la hermana, y no la hija de la que contravino. Para significar, pues los Fundadores, que no solamente querian successores agnados, que lo fuessen solo por el Padre, sino tambien que lo fuesse su Madre, excluyeron la hija de la transgressora: y si esta expression la juzgaron precissa, quando el fin que demostraban en la condicion, parecia admitirlas, cumpliendo con el precepto; aviendo la misma razon en la hermana con la agnacion que querian, no posponerla expressamente al varon, fue positivamente preferirla: la igualdad del fin que admitia la hija de la que contravino, hizo necessaria su exclusion; luego la omission de la hermana en vna identidad de razon, positivamente concluye, no fue su mente posponerla al mas remoto varon.

27. Suponiendo la hypotesi, de que estos Mayorazgos fuessen de rigorosa agnacion los varones, si los huviesse DoñaLeonor (51) de matrimonio con varon del linage mas remoto, que el Don Matheo (48), preferirian al Don Bartholome (61), porque aunque este seria mas immediato, por la parte en que era agnado, al hijo de Doña Leonor por su Padre, y la mayor proximidad, que por Doña Leonor (51) tendria, no le podria preferir, por no venirle de ella la qualidad de agnacion, que era la del llamamiento, como las dos qualidades de varon, y proximidad se vnirian en el hijo de Doña Leonor, aunque cada vna de por sì seria insuficiente à excluir al Don Bartholomè, juntas le preferirian, tomando la agnacion la proximidad, que por sì no tenia, y observandose la regularidad en la linea, en quanto sea compatible con la naturaleza del Mayorazgo, aunque sea irregular. Roxas, *de Incomp. part. 1. cap. 6. §. 21. num. 316.* Aguila, ibi: num. 346. *Ad huc tamen filius, agnato remotiori præferendus, quia habet qualitates agnati, & proximioris non separatas in se, sed vnitas, quamvis origine diversas; nec obstat quod qua parte est agnatus, inveniatur exclusus, vt remotior, & qua proximior, vt cognatus; quia exclusio hæc imaginaria est, nec atendi debet, vbi ex alia parte datur missio: eo maxime, quod lineæ consideratio, quæ maxime in successione Maioratus, observanda est quoties sine contraventione voluntatis Testatoris, fieri possit, in hoc casu substinetur.* Optimè Philip. Pachal. *de Virib. Patriæ Potest. part. 4. cap. 9. à num. 69.*

28. No ha casado Doña Leonor Maria (51), porque aun no le obligaba el precepto; bastale la promptitud que tiene para cumplirlo. Card. de Luca, *loc. cit. num. 7. Considerabam quoque ex abundanti, quod etiam in casu, quo dicta femina, non haberet filios masculos, familiam asumentes, dum erat vidua, & virum ducere poterat, ad huc suficiebat non obstante gravi etate, cum hæc iuxta veriorem Sententiam receptam, non inhabilitet ad matrimonium, cuius implementum, cum prescriptum sit, per viam modi magis, quā conditionis, ac sequi debeat, post obtentum emolumentum, non impedit successionis asecutionem, nam suficit dicere, se esse promptā asumere virum congruū quando ocasio preberet*; in puncto Peg. *loc. cit. n. 157. & 158. in fin. referēdus.* No son estos Mayorazgos de rigorosa agnacion, sino de succession regular: Vno, y otro quisieron los Fundadores por medio de la condicion, que perseverassen los Mayorazgos con la preferencia substancial de lineas, y conservar su linage, y apellido en todos los successores: procedieron conforme à la disposicion referida de derecho, dando antelacion al hijo de la hembra que huviesse cumplido la condicion al varon mas remoto. Si fuera Mayorazgo
de

de rigorosa agnacion, si la hembra de mejor linea aun no huviesse contraido su matrimonio con varon de su linage, ò no huviesse todavia tenido succession, ò fuesse hembras al tiempo de la vacante, passarian al varon agnado de linea inferior, y mas remota, quedando excluidos los que tenian la qualidad apetecida, y mayor proximidad por su nacimiento, y concepcion posterior. Dom. Olea, *tit.3. quæst.4. & in Addit.* Dom. Molina, *lib.3. cap.* 10. vbi Add. optimè P. Molina, *disput.634.* Mieres, *part.2. quæst.6. num.47.* Dom. Castillo, *lib.3. cap.15. à num.1. & lib.5. cap.99.* Este inconveniente fueron estos Fundadores à evitar, dando llamamiento à la hembra, que cumpliendo con el precepto pudiesse vnir en sus hijos la proximidad, y agnacion, y de ambos, haciendo vna disposicion regular.

29. De que se infiere, que si el varon hijo de Doña Leonor (51), y de varon mas remoto, preferiria al Don Bartholomè (61), si fuessen estos Mayorazgos de rigorosa agnacion, debe tambien preferirle la Doña Leonor; porque admitiendo las hembras, y por este medio haciendo sus Mayorazgos regulares, y por el precepto buscando la agnacion prefirieron el medio, cuyo fin avia de tener prelacion en el Mayorazgo de agnacion rigorosa.

30. Llamaron las hembras, no por ellas, sino porque cumpliendo con el precepto, avian de tener la succession que deseaban. No podian lograrlo, sino era llamando à las hembras de mejor linea, y grado con el precepto: en el fin se confirmaban con la disposicion de derecho; el medio le excogitò su prudencia para lograr el fin, sin lo odioso de vna rigorosa agnacion; luego debe preferir notoriamente Doña Leonor (51) à Don Matheo (48), y Don Bartholomè (61); cuyos hijos, como los de todas las hembras de mejor linea, que llamaron, se antepondrian si fuesse Mayorazgo de rigorosa agnacion.

31. No solo los hijos de Doña Leonor (51) en la expressada hypotesi succederian con preferencia à Don Matheo, y D. Bartholomè (48. y 61.), sino que la misma Doña Leonor por su persona, y matrimonio succederia; pues siendo la causa de su exclusion el ser fin de la agnacion, por medio del tal matrimonio se lograba dilatar la que de otro modo espiraria, teniendo la misma preferencia el medio, que avia de tener la succession que se esperaba. Pegas, *loc. cit. num.157. Dato, & non conseso, quod Maioratus esset purè, & verè agnationis, habemus, in terminis Peregrinum consil.50. volum. 1. qui in Fideicommisso agnatitio Consuluit, fæminam proximiorem de familia, nuptam cum agnato remotiori, preferendam esse agnato proximiori::: tali enim casu non finitur, sed propagatur agnatio per filios de viro suo de familia susceptos:: quare iudicandum videtur, quod semper illustrissima Rea est preferenda illustrissimo Actori.* Luego siendo estos Mayorazgos regulares con solo el gravamen del matrimonio, por via de modo, y no condicion. *Memor. num.* 7. y 10. ibi: *Y con condicion, que la hembra que succediesse en dicho Mayorazgo, fuesse obligada à casarse con Cavallero del linage de Davila::, y que sino lo hiciesse por el mismo caso, que se casar à con otro estraño:: que por el mismo caso perdiesse la succession de dicho Mayorazgo: junct.* Cardin. de Luca *loc. citat. num. margin. 26. & discurs. 154 num. 7. & 155. num. 4.* versic. *Quatenus*: debe mas justamente succeder Doña Leonor (51), estando havil, y pronta con antelacion à Don Bartholomè. Pegas *loc. citat. num.* 158. *cum oposuisset sibi quod femina non erat nupta respondet primo quia in nostro casu institor vocavit fæminam aptam, & promptam ad nubendum agnato, & non dis-*

dispoſuit quod eſſet nupta tempore delatæ ſucceſsionis :: tercio quia ſufficit conditionis nubendi, certæ perſonæ, & habendi nomen, & arma familiæ, impoſitæ ſucceſſoribus Maioratus, ad implementum, poſt ſucceſsionem delatam, & non eſt neceſſe, quod adimpleantur tempore delatæ ſucceſiionis.

32. No es menor el inconveniente, que de la inteligencia que dà el Don Matheo à la Clauſula, ſe ſeguiria. Contravino Doña Cathalina (50), ò por mejor decir, no eſtuvo capaz al tiempo de la vacante de obedecer. La excluſion de vnos quantioſos Mayorazgos, en que tenia vn llamamiento regular, es vna graviſsima pena. Cardin. de Luc. *diſc.* 155. *de Fideicomm. num.* 4. *Reflectendo tamen ad veritatem, mihi videtur dictas oppoſitiones parum probabiles eſſe :: quod probabilius illius conceſsioni* (hablaba de la reſtitucion) *Locus eſſe deberet, tunc quia iuxta vnam opinionem omiſsio magni, & notàbilis lucri, dici videtur ſpecies penæ, ideoque datur reſtitutio etiam in odium tertij.* Sin otra culpa, que no aver tenido alguna en la contravencion. La mejor linea, y grado en que ſe halla, que la hace de mejor condicion, y mas amada de los Fundadores, ſeria cauſa de vn perjuicio tan irregular; antes eſtaba llamada primero que el Don Matheo (48), porque en el caſo de la tranſgreſsion ſe le ha de poſponer? la culpa fue ſolo de la que contaavino. El vicio, ò infeccion ſolo puede tranſmitirſe à ſu deſcendencia, por que pues ha de ſufrir Doña Leonor la pena, quando no tuvo la mas leve comiſsion. Pegas, *cap.* 6. *num.* 540. *plane in preſenti excluſio eſt realis, vel perſonalis, realis, vt patet ex diſpoſitione inſtitutorum, contravenientem, & illius deſcendentes filios, & nepotes tantum comprehendit, & non Stephanum contravenientis fratrem, & ſucceſſorem cum quo equaliter, adque cum nihil commune habeat, vltimi poſſeſſoris negligentia, imò indignum eſſet conſiderare, quod ille tranſverſalis, in quo ceſſabat illa ratio puniendi, in obedientiam poſſeſſoris ex eo ſolo, quia proximior erat, à ſucceſsione Maioratus pribaretur; quando cenſura iuris in maiori proximitate, magis dilectus preſumitur, & prius vocatus cenſetur.*

33. Eſto que hace ſummamente inveriſimil, la inteligencia, que por el Don Matheo (48), ſe dà à la diſpoſicion de los Fundadores, paſſa à evidencia, cotejando con otra eſta diſpoſicion. En el primer caſo, quando excluyeron la hembra ſucceſſora por contravenir à el precepto, deſpues de aver ſuccedido, ſolo hacen la excluſion aviendo Cavallero *del linage Davila, con quien poderſe caſar.* (*Mem. num.* 7. *y* 10.). Luego no aviendolo, aunque caſaſſe con eſtraño, no la quiſieron excluir: eſto no puede ſer, ſino porque careciendo la hembra de culpa, la hallaron incapàz de tan grave pena. *Leg.* 34. §. *Si ea conditio, ff. de legat.* 2. *iniquum eſſe libertum cum ſit inculpatus, emolumento Fideicommiſsi carere.* Dom. Larr. *deciſ.* 59. *num.* 9. No era deſpreciar ſu precepto, no aviendo extremo habil para cumplirlo. Sin embargo la ſucceſſora pudo, ò no caſar, ò dilatarlo, haſta que huvieſſe Cavallero del linage: Y ſino obſtante, porque al tiempo que contraxo ſu matrimonio con eſtraño, no huvo Cavallero de ſu linage, no la excluyen de la ſucceſsion, porque, ò no tuvo, ò ſolo fue muy leve culpa; comò es creible fueſſe la mente de los Fundadores quitar à Doña Leonor (51) el llamamiento anterior, que le avian dado, poſponiendola à vn varon mas remoto, quando no ſe le puede imputar coſa alguna en dicha contravencion? y mas pudiendo reparar el fin, que por la contravencion no ſe logrò?

34. Ni obſta decirſe, que la excluſion de la hembra mas proxima, y

y de linea superior no es pena, sino condicion. No se excuye à Doña Leono r porque le comprehenda la culpa de Doña Cathalina (50), sino que se resuelve por aquella contravencion su llamamiento anterior, pero el que fuesse pena, en este caso se evidencia reflexando la Fundacion: primero en Clausulas distintas hicieron los Fundadores sus llamamientos regulares de todas las lineas, à quienes quisieron hiciessen transito sus Mayorazgos. En la Clausula tercera impusieron el gravamen à las hembras successoras del matrimonio con varon de su linage, en la quarta en caso de estar casada la hembra llaman à el varon (si assi fuesse) mas remoto, con exclusion de la hembra mas inmediata. *Memor. à num.* 4. *vsq. ad* 13.: luego seria propiamente pena dicha exclusion, por tener todas las señas con que se caracteriza distinta del modo, y condicion. Roxas, *part.* 3. *cap.* 1. *num.* 38. *& ad cognocendum, quando ademptio fit in vim, vel conditionis, vel modi, distinguendum est::: aut enim precedit simplex institutio, deinde sequitur conditionalis ademptio, sine oneris impositione, & tunc dicitur ademptio in vim conditionis: aut institutor Maioratus pure disposuit, heredem instituendo, de inde subjungit onus, & post oneris impositionem, ademptio subsequitur, & tunc illa ademptio dicitur facta per viam penæ, primo casu ademptio conditionalis redit relictum conditionale, sub contraria conditione: altero casu relictum est purum, & privatio contingit tanquam juris quæsiti, nec ademptio redit relictum conditionale.*

35. Ni la contravencion de la Doña Cathalina (50), pudo como condicion resolver la anterioridad del llamamiento de Doña Leonor (51) à el varon mas remoto. La condicion por su naturaleza esencialmente incluye, el que en algun caso tenga efecto la disposicion que por ella se suspende, ò resuelve, en el caso de no verificarse excluye: purificada comprehende la disposicion. Dom. Castillo *lib.* 4. *Controv. cap.* 55. *num.* 26. *& sequent.* Dom. Pichard. *in relect. tit. de adquirend. heredit. cap.* 19. *num.* 6. Donell. *lib.* 8. *comm. cap.* 30. Carp. *de Executor. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 15. Barbos. *Vot.* 126. *num.* 50. En el presente en ambos casos quedaria excluida Doña Leonor, porque, ò la hembra mayor cumplia, ò no con el precepto, ò estaba, ò no capaz de cumplir? si cumplia, ò estaba capaz se excluia la menor, como que su llamamiento era posterior à el de la primogenita: si estaba incapaz de cumplir, està llamado el varon aunque sea mas remoto (como se supone por D. Matheo (48)), luego en ambos casos de verificarse, ò no la condicion la hermana menor està excluida: luego no puede tener la contravenciò de Doña Cathalina (50), fuerza de condicion resolutiva de la anterioridad del llamamiento de Doña Leonor (51), quando en los dos extremos de verificarse, ò no, no podia tener lugar, respecto del mas remoto varon.

36. La clase de estos Mayorazgos hace aun mas violenta la expressada interpretacion, ambos fueron de tercios, y quintos: en estos debe obserbarse precissamète el orden prevenido por la Ley 27. de Toro, en la opiniò mas probable, el primer grado, ò *de descendientes* no se refiere à el Mejorante, ò Fundador del Mayorazgo sino à los del primer instituido, mejorado. Velazq. *de Avend. in leg.* 27. *glos.* 2. *per tot. precip. à num.* 6. *& num.* 9. ibi: *An verba illa sus descendientes, & illa sus ascendientes, inteligantur de descendentibus filij prelegatarij, vel testatoris::: secure crederem verva predicta esse referenda ad filios, seu descendentes, prelegatarij, non testatoris: quia si tertium, posquam in eo filius eligitur, eficitur ejus propium patrimonium, &*

D

subs.

substantia, justius esset ejus filios substituere, quam fratres ipsius, filius scilicet, testatoris, & respectu instituti transversales, ne sequæretur iniquitas, & absurdum, nempe quod in Maioratu extertio instituto, non admiteretur filius primi instituti, sed frater ejus tranversalis, contra naturam ejus successionis, quæ filios primi instituti, semper, & ubique pretulit patruis: & num. 13. veriorem inuit Roxas, *hanc opinionem part. 1. cap. 6. uum. 236.* el tercio es legitima de este, y assi sus descendientes, y no sus transversales deben ser antes substituidos. Los hermanos, y su descendencia son transversales al mejorado, y assi hasta acavar la descendencia del primer instituido no puede hacer transito à los descendientes de los hermanos del mejorado.

37. En el Mayorazgo que fundò Don Bartholomè (18), fue hecha la mejora en Don Bartholomè (29), de este no es descendiente el Don Matheo (48), ni el Don Bartholomè (61), Doña Leonor es su tercera nieta: luego aunque el varon mas remoto estuviesse llamado con antelacion à la hembra mas propinqua, no podia ser adaptable à Doña Leonor (51), descendiente del primer instituido en este Mayorazgo, ni Don Matheo (48), que no desciende de dicho mejorado (29).

38. Pero aun quando la opinion contraria fuesse mas probable, no procedia en el presente caso. Todo el fundamento consiste, en que el primer grado, debe entenderse de todos los hijos del Fundador, porque el tercio, aunque sea legitima, no lo es precissamente del mejorado, sino baga de los hijos respecto de los estraños; y assi como pudo el Fundador hacer la mejora en cabeza de qualquiera de los hijos, pudo substituirlos al mejorado, sin estar precissado à hacerlo de sus descendientes. De modo, que esta opinion procede en los precissos terminos de ser legitima baga, porque à serlo determinada del mejorado, supone deber ser antes substituidos los hijos del mejorado, que sus hermanos. Add. ad Dom. Molina, *lib. 2. cap. 12. numer. 35. vers. Hoc repetit.* Cum Tello, Mier. & Angul. Gutierr. *Practic. lib. 3. quæst. 53. num. 3. ubi respondens ad argumentum de substitutione exemplari:* ibi: *Secundo, & melius, quod in casu nostræ quæstionis melioratio fit de bonis meliorantis, ideo potest fieri in alios suos descendentes, omissis descendentibus, primo loco meliorati: at vero bona, in quibus fit, substitutio exemplaris, sunt propia filij, cui substituitur: merito igitur quod precisse eius descendentes, sunt prius substituendi.*

39. En dicho Mayorazgo fuera del tercio, y quinto, se incluyò la legitima materna de Doña Maria (30), de quien el Don Bartholomè (29) avia sido heredero. Estos bienes eran indubitadamente de sus hijos. Si en estos solo huviesse hecho los llamamientos Don Bartholomè (18) en esta opnion, es cierto no pudiera substituir à los hermanos del (29), en perjuicio de sus descendientes: luego no debe hacer transito en perjuicio de Doña Leonor (51), descendiente del Don Bartholomè (29), al Don Matheo (48), que dèl no trae causa, sino de su hermano Don Garcia (28), porque si la individuidad del Mayorazgo hace siga en las substituciones la naturaleza del tercio: Dom. Castillo, *lib. 5. cap. 128. num. 21.* Dom. Molina, *lib. 1. cap. 9. num. 19.* Dom. Perez de Lar. *part. 1. cap. 30. numer. 121.* Noguerol, *allegat. 25. à num. 111.* Dom. Salgado, *part. 1. Labyr. cap. 4. num. 17.* Porque vno, y otro no habràn de seguir la de los bienes que incluyò en dicha Fundacion el Don Bartholomè (29)?

40. Podrà acaso estimarse mas probable, que las dos opuestas opinio-

niones la media; esto es, que se ayan de preferir los que tienen enlaze con ambos Fundador, y Mejorado, à los que solo lo tienen por vno de los dos. Roxas, *part.1. cap.6. num.237. Ego autem in re non leviter dubia, decrevi conficere vnum ex duobus, & ita eorum Doctorum, duas componere opiniones, mediam viam eligens, nam resolvendum censeo, quod dicta lex vigessima septima Tauri, inteligitur de descendentibus, ascendentibus, & transversalibus, tan ex latere meliorantis, quam ex parte meliorati, non solum cumulative, sed etiam disiunctive atamen cum prelatione eorum, qui ex vtraque parte sin conjunti, ad hoc vt in primis debeant succedere.* Pero en esta es evidente la justicia de Doña Leonor (51), con el Fundador (18), y mejorado (29), tiene enlaze, porque de ambos desciende. Con aquel solo lo tienen Don Matheo (48), y Don Bartholomè (61); luego no pueden de modo alguno con arreglo à la Ley Real, preferir à la Doña Leonor.

41. Aunque lo dicho persuade, que aunque el Don Bartholomè (18), quisiera, no pudo preferir à la hembra mas propinqua, descendiente del Don Bartholomè (29), su descendiente varon mas remoto transversal à su hijo (29), solo se deduce, como fundamento de la suma inverisimilitud, que con arreglo à la mente de los Fundadores, tiene la pretension de Don Matheo: Porque como es creible, que el Don Bartholomè (18) en vn Mayorazgo, en que no solo por razon del tercio era Fundador su hijo (29). Rox. *dict. loc. num.241. Et cum videatur quod sit institutor non solum Pater meliorans, sed etiam filiusælioratus.* Et num.242. *Primum est quia filiuselioratus debet reputari tamquam institutor Maioratus.* Sino tambien por los bienes que agregaba, quisiesse excluir vna hembra, su descendiente, prefiriendo à vn varon mas remoto transversal? y mas quando podia tener efecto el fin apetecido por èl en la condicion, que à las hembras impuso? Y quando, aun en este caso, se crea fuesse voluntad del Fundador (18), còmo es verisimil lo fuesse de Don Bartholomè? (29), y que à esto terminasse la inclusion de sus propios bienes; quando la hembra, no solo no avia tenido culpa en la contravencion, que diò causa à el llamamiento del varon; sino que estaba habil, y prompta à cumplir la condicion?

42. En otra hypotesi aparece la suma violencia, con que se interpreta por Don Matheo (48), la mente de los Fundadores. Si Doña Cathalina (50), aunque huviesse casado con varon estraño, fallecido este estuviesse viuda, y habil para cumplir el precepto; es evidente no huviera sido excluida. Dom. Molina, *lib.2. cap.13. num.16.* Roxas, *part.3. cap.3. num.40. Limiitatur secundo si ante delatam successionem gravatus contraxerit, matrimonium, cum persona ita infecta, quæ iam morta erat, tempore delatæ successionis nam ex eo excludi non debet, qui à tempore delatæ successionis reperitur habillis ad contrahendum, secundum conditionem institutionis, & institutoris preceptum.* Lo mismo sucederia si al tiempo de la vacante estuviesse casada con varon estraño de segundo matrimonio, aviendo del primero contraido con varon del apellido, tenido succesion, porque en este caso, no obstante del llamamiento del varon mas remoto debieran succeder sus hijos. Roxas, *loc. citat. num.47. Limitatur octavo, in filijs natis, ante matrimonium contractum cum persona ex prohibitis, in dicta conditione quia exclusi non debent censeri, nati ex matrimonio contr acto, cum persona, habente illam puritatem sanguinis, ab institutore desideratam, & si parens postea contraveniat, transiens ad secundas nuptias;* à quienes nada era imputable en la

con-

contravencion de la Madre, teniendo la qualidad de los Fundadores apetecida por su Padre.

43. Aun en mas rigorosos terminos, succederian los hijos de Doña Cathalina (50), si esta huviesse estado casada con varon estraño al tiempo de la vacante causada por muerte del Conde de Montegil (49), por lo que huviera hecho transito la succesion al llamado por la contravencion: los hijos avidos de matrimonio posteriormente contraido, abocarian la possession de los Mayorazgos, porque teniendo la propiedad de linea, y grado, la qualidad de los Fundadores apetecida, llamamiento por sus personas, independiente del de su Madre, no les podia perjudicar la contravencion de esta ni el transito revocable de la succesion. Roxas, *loc. citat. à num.* 48. *&* *num.* 52. *Sed verius est quod pertinet successio Maioratus, ad filium ex his secundis nuptijs, institutori gratum, & quod possit à quolibet ex alia linea, eam sibi avocare: quia procedit à linea vltimi possessoris, primo loco vocata, & in eo concurrunt, omnes qualitates, & conditiones ab institutore desideratæ, & sic habet prælacionem, ac irribocabilem vocationem ex suo capite, ac ex sua persona independentem à Patre, qui per contraventionem ius suum lædere non potuit.* Dom. Molina, *lib. 3. cap.* 10. *num.* 44. *vbi Add.* vers. *Secunda vero conclusio in fin.* ibi: *Pro qua sententia plurimum facit regula elementalis, successionis Maioratus videlicet quod dum aliquis existit de linea non sit digressio ac transitus ad allias.*

44. Luego teniendo la Doña Leonor (51) à el tiempo de la vacante la mejor linea, y grado, la aptitud para cumplir cō el precepto, ninguna culpa en dicha contravencion, ser independiente su llamamiento anterior del de Doña Cathalina (50), por tenerle por su propia persona, no puedē hacerle competencia Don Bartholomè (61), ni Don Matheo (48), siendo cierto que las mismas circunstancias, que preferirian los hijos de Doña Cathalina, y aun à ella misma en la propuesta hipotesi, se verifican en la Doña Leonor (51), sin los motivos de dudar que en aquellos podian recaer.

45. Supone Don Matheo, que el llamamiento de la hembra mas propinquo, en dicho segundo caso es posterior al del varon aunq̄ sea mas remoto, por lo que expressa, deberà succeder la Doña Leonor (51), despues q̄ aya tenido efecto su llamamiento: en este caso, ò se entiende llamado el varon con toda su linea de varones, y hembras antes q̄ la hembra mas propinqua, ò solamente este llamamiento està limitado à el varon, y sus descendiētes varones? mas, ò entendiēdose comprehendidos en el llamamiento prelativo *del varon à la hembra mas propinqua*, varones, y hembras, se entiende repetido el llamamiento del varon en caso de la contravencion, ò no? Si la substitucion del varon se entiende limitada assi, y su varonia, se harian estos Mayorazgos de succession muy irregular, pues preferiria la hembra postergada à la mas immediata à el vltimo posseedor, contra las comunes reglas aun de los Mayorazgos irregulares. Roxas *part.* 3. *cap.* 4. *à num.* 21. Add. ad Dom. Molina *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 72. Dom. Castillo *lib.* 5. *Controv. cap.* 91. *n.* 63. Aguila ad Roxas, *loc. citat.* Si el llamamiento era comprehensivo de los descendientes de ambos sexos, pero en los del otro repetida la condicion, y llamamiento del varon, verificado el caso, como es verisimil, se seguiria vna forma de succession, no solo irregular, sino poco firme, como expuesta à tantos accidentes, que harian frequente la translineacion.

46. Y no siendo verisimil, que los Fundadores que en todos sus lla-

llamamientos, y substituciones directas, procedieron con arreglo à la disposicion de derecho, y principios de los Mayorazgos regulares, quisiessen por dicha condicion en el segundo caso, indirectamente invertir quanto llevaban dispuesto conforme à derecho. Roxas, *part.4. cap.1. à num.58. vsque ad 61.* Dom. Molina, *lib.1. cap.6. num.38. & lib.3. cap.5. num. 69. &* 70. vbi Add. Dom. Larr. *decis.51. num.21. Ita vt successio alterius primogenij ad eos delata, cum in eadem maneret linea, non posset esse perpetua:: & in successionibus, non admitendæ formæ succedendi, parum constantes, & variæ: Leg. Fin. §. Vbi autem, C. de bon. quæ liber. & leg. Cum alijs §. Fin. C. de curat. furios.* dando forma tan instable de succession, y quedando postergada la linea, que por predilecta avia sido antes llamada; no puede subsistir la intencion del Don Matheo, fundada en dicha interpretacion.

47. Si con evidencia resultara el llamamiento de Don Matheo, ò por congeturas tan precissas, que lo infiriessen, por consequencia logica, no podria tener lugar todo lo dicho. Dom. Molina, *lib.3. cap.4. num. 38. & 39. Ex his autem, quæ prædiximus, non inficiamur, quod si ex evidentissimis, & clarassimis coniecturis constiterit, Maioratus institutorem. Eius voluntatis fuisse, vt femineæ propter masculos remotiores excluderentur, ea voluntas qua id precisse coligatur sequenda sit :: dum modo coniecturæ eius qualitates sint, vt nihil aliud inducere valeant; Nec aliqua ratione iuridica subter fugiqueat.* Dom. Vela, *dissert.49. num.53.* Pegas, *cap. 14. num.119. & 144.* Dom. Castillo, *lib.5. cap.129. numer. 56.* Mier. *part. 2. quæst.6. num.2.6.21. & 22.* Gutierr, *cons.13. num.14.* Pero no pudiendo dudarse, que à lo menos es caso, que incluye grave duda, bastale esto à Doña Leonor para obtener. Dom. Molina, *loc. citat. num. 32. & 37. Ex eisdem etiam infertur, quod cum fæmina habeat fundatam intentionem iure comuni, vt deficientibus masculis eiusdem lineæ, & gradus in primogenio succedat; ad hoc vt ab eo, quod sibi iure comuni competit, exclusa censenda sit, exclusio sit evidentissime probanda, alias autem in casu dubij, in eius favorem semper pronunciandum est.* Vbi Add. Dom. Valenz. *cons.97. num.74.* Dom. Castillo, *lib,2. cap.4. num.65. & 66. & lib.3. cap.19. num. 15.* vers. *Et indubio.* Cresp. *observ.22. num. 51.* Dom. Vela, *loc. citat. numer.45.* Dom. Larr. *decis.34. num.19.* Y mas hallandose en possession de los Mayorazgos, en que los medios de su defensa, son mas fuertes, como propuestos por via de excepcion. Add. *loc. citat. Hæc Sententia procul dubio verissima est, & fortius si filia reperiatur in possessione bonorum quia tunc in modum exceptionis fortiora sunt iura quæ pro femina aducuntur.* Gutierr. *lib.2. quæst.87. num,5.* Mier. *3. part. quæst.2. num. 26.* La classe de los Mayorazgos regular, induce vehementissima presumpcion à su favor para restringir sin su perjuicio el llamamiento del varon. *Videant. citat. num.49.* Respecto de este se considera privilegio en la hembra, el derecho comun, y voluntad de los Fundadores; por esto, como de estrecha naturaleza, debe restringirse, aunque se impropiasse el sentido literal à la disposicion de derecho. Dom. Molina, *loc. citat. num.22. & 23. Adjicitur exclusionem feminarum, propter masculos remotiores; privilegium adversus iura communia continere, ideoque necessario restringendam esse, atque stricte interpretandam, omnis namque recessus à iure communi odiosus est, dispositio que à iure communi exorbitans, stricte, atque tenaciter inter-*

terpretanda. Dom. Castillo, *lib.*5. *cap.*143. §. *Vnic.* & *lib.*6. *cap.*131. *numer.*22. Pegas, *cap.*17. *num.*2. Dom. Paz, *de Tenut. cap.*34. *numer.*129. D. Valenz. *cons.*97. *num.*111. su exclusion serìa tanto mas odiosa. Dom. Molina, *loc. citat. cap.*5. *num.*73. *Imò, quod quando dispositio à viro, & vxore seù masculo, & femina, simul facta est, semper in casu dubij, censeatur vterque sexus vocatus indiferenter, pariter viro atque vxore prospectum esse ::: si igitur in parte vxoris, necessario. Hæc coniectura ex superius adductis accipienda, atque admitenda sit, consequens est vt etiam in parte viri, accipienda sit, cum primogenium ipsum indiuiduum esse debeat.* Dom. Castillo, *lib.* 2. *cap.*4. *à num.*147. Quanto no avia contribuido en modo alguno, à el odio que pudieron tener los Fundadores à las hembras, por la contravencion, sino lo era la promptitud à obedecer su precepto, en vnos Mayorazgos en que fueron Confundadoras hembras, por lo que sube de punto la inverosimilitud. Dom. Molina. *dict. loc. cap.*4. *num.*15. & 18. *iunct.* Pegas, *loc. citat. num.*148. & 150. Y sobre todo la Sentencia de Tenuta, que recayendo sobre los mismos fundamentos que producen Don Matheo (48), y Don Bartholomè (61), evidencia la justicia que assiste à Doña Leonor Dom. Molina, *loc. citat. cap.*13. *à num.*9. vbi Add. Dom. Paz, *de Tenut. cap.* 38.

48. Ni obsta, que la exclusion de las hembras por los varones mas remotos, se estime odiosa, porque (dirà Don Matheo) esto se entiende solo en varones transversales del Fundador, pero no en los que son descendientes como èl. *Idem lib.*2. *cap.*12. *à num.*51. *Sed precipuè numer.*52. *Nam aut excluditur filia, seù descendens Maioratus institutoris propter masculos, qui quamvis respectu vltimi Maioratus possessoris transversales sint, à primo tamen Maioratus institutore descendunt, & in hoc casu dicendum erit, dictam exclusionem validam esse ::: aut excluditur filia, seù descendens primi institutoris propter masculos, qui ab ipso primo institutore, non descendunt; & quamvis etiam in hoc casu prefata secunda opinio iuris rigore considerato verior esse apareat ::: mihi tamen prima opinio equior, ac tutior videtur, & ibi add.* Porque teniendo las hembras à su favor la mejor linea, y grado, aunque el varon sea tambien descendiente del Fundador, es odiosa la exclusion de la hembra. *Idem lib.*3. *cap.*4. *numer.* 31. *Ex quibus constat, quod exclusio feminarum, propter masculos remotiores, odiosa, exclusio autem propter masculos eiusdem lineæ, & gradus, favorabilis censenda sit, tam & si viderim, aliquos rectissimos, atque peritissimos viros illam opinionem amplectentes, quod scilicet exclusio feminarum odiosa censeatur, quando femina, ab institutore descendens, propter masculos remotiores, qui ab eo non descendunt excludi pretenditur; favorabilis vero quando excludi pretenditur propter masculos remotioris lineæ, & gradus, ab ipso institutore descendentes ::: & add. ibid. De quibus tamen, cum casus se obtulerit deliberandum erit, & ibi addent.* Y mas en el presente caso, en que siendo el Don Matheo (48) puramente transversal al Don Bartholomè (29), en cuya cabeza, y sobre parte de sus bienes hizo su Fundacion el (18), no le puede aprovechar la descendencia, que de este deduce.

49. De todo lo dicho se colige, la verdadera inteligencia de la Clausula. El llamamiento, que en defecto de la hembra casada con extraño, se hace del varon, *aunque estè en mas remoto grado,* es vn llamamiento

miento puramente regular, y asi solo comprehensive del varon, siendo este el mas immediato y la excluida, pero no siendo mas remoto, que la hermana de la Contraventora, que se halla en la linea de possession; porque aviendose hecho todos los llamamientos regulares, aun dentro del caso de la contravencion, no puede entenderse, que el expressado, fuesse totalmente destructivo de las reglas, que llevaban establecidas, y mas siendo vna hembra de la misma linea, agnacion, y con aquellas qualidades que apetecieron en la misma que contravino, y por quien hicieron la dicha substitucion.

50. Ni obsta aquella expression ampliativa del llamamiento del varon, aunque estuviesse *en mas remoto grado*: no fue esto llamar à el varon mas remoto, con preferencia à la hembra mas proxima, sino en exclusion de la contraventora, y toda su linea: podia dudarse, si estando casada la hembra con estraño al tiempo de la vacante el llamamiento del varon, que se hiciesse, se deberia entender, ò fuesse de igual, ò menor proximidad à los Fundadores, que la hembra excluida; ò solo precissamente en el caso, que fuesse de igual grado; pudiendose creer estimassen en mas la mayor proximidad en la hembra, aunque incapaz de obedecerles, que la qualidad de varonia en el mas remoto; por esto añadieron aquella ampliacion, no para anteponer el varon mas remoto à la hembra mas proxima de mejor linea, y demàs circunstancias, ponderadas en Doña Leonor.

51. Que esto sea asi, se convence, de que aquel comparativo, *aunque sea mas remoto*, solo puede hacer relacion à el positivo de quien antes se huviesse hecho expression. No nombraron los Fundadores, antes de dicha ampliacion, mas hembra que la que excluian, por incapaz de obedecer: no previnieron, que tuviesse hermana capaz de cumplir la condicion, por esto el llamamiento que se hace del varon aunque sea mas remoto, no puede ser en perjuicio de Doña Leonor.

52. Ni contra esto obsta la substitucion, que tiene la hembra mas proxima, despues del varon mas remoto, porque no es preferirlo à la hembra de mejor linea: en el llamamiento del varon vsaron de la particula ampliativa, *aunque fuesse mas remoto*, y en la hembra hicieron la substitucion, con la expression *de mas* propinqua, no porque esta quedasse pospuesta à el varon, q̃ le fuesse mas remoto, porque este comparativo no se entiende respecto del otro en la hembra, sino solo respecto del positivo anterior ya dicho, pero vsarõ de tan opuestos cõparativos en los varones, y hembras que llamaban en aquellos, para significar su admision, aunque fuesse de grado inferior à la hembra que excluian, y en estas para significar que en el llamamiento, que en el segundo caso de la contravencion hacian, observaban como en todo la regularidad, anteponiendo à las hẽbras excluidas por contraventoras, los varones aunque fuessen mas remotos, pero mas proximos que las hembras, que en su defecto avian de succeder.

53. No es obice de consideracion, lo que à caso ocurrirà à favor de Don Matheo, el que en este sentido, explicada la substitucion del varon, se incurre en vna superfluidad: dos casos previnieron los Fundadores quando succediessen hembras, que por no cumplir con el fin que deseaban,

ban, quedaron excluidas: en ambos hicieron llamamientos diversos; en el primero del *siguiente en grado*, en el segundo del varon aunque estuviesse *en grado mas remoto*, si este se huviesse de entender limitado à que el varon fuesse siguiente en grado, por no aver hembra que lo fuesse, como lo es la Doña Leonor, no fue necessaria esta Clausula, porque siendo en la anterior substituido el siguiente en grado à la contraventora, no era sino repeticion superflua de vna substitucion en la Clausula anterior prevenida. Rosa, *cons.* 69. *num.* 79. Gonz, *in regul.* 8. Chancel. *glos.* 13. *num.* 72. Dom. Solorz. *de Iur. Indiar. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 26. ni aquella discretiva *de siguiente en grado*, en el primer caso, y de varon aunque estuviesse *en grado mas remoto* en el segundo, como puede concebirse significativo de vn mismo substituto segun el orden regular, quando si la particula *mas remoto*, fuesse solo relativa à la hembra excluida, lo mismo se verificaria en la substitucion del siguiente en grado, que por lo mismo era mas remoto, fuesse varon, ò hembra que la excluida? y no siendo arreglado à derecho, el que quede sin efecto vna Clausula, en que se previno vn caso tan diverso del antecedente. Dom. Molina, *lib. cap.* 1. *cap.* 13. *num.* 17. *in med. quod licet verbum etiam nepotes comprehendere soleat, non tamen nepotes comprehendit, quãdo de filijs, & nepotibus, discretivè fit sermo, vt utraq; clausula, suum propium, ac precisum intellectũ retineat. A. A. num. marg. antec.* no siendo asignable otro alguno, que el de la substitucion del varon con antelacion absoluta à qualquiera hembra, por proxima que sea, deberà en esta vacante succeder el Don Bartholomè (61), con preferencia à Doña Leonor (51).

54. De la interpretacion referida à favor de Doña Leonor, no se sigue la ilacion de dicha superfluidad: para dos efectos muy notables, fue esta Clausula precissa, el vno para excluir à la hembra, que estuviesse casada con estraño al tiempo de la vacante, aunque en la Clausula anterior estuviesse excluida la contraventora, no podia entenderse excluida, ò à lo menos era muy dudoso, à el tiempo que se le difiriesse la succesion: en aquel caso le obligaba el precepto, porque ya posseìa los Mayorazgos, en este no estaba òbligada à cumplir, quando de los Fundadores nada posseìa, y à lo menos solo podia tener vna muy variable esperanza de succeder, en este caso pudo aver contraìdo con estraño, de dictamen de sus Padres. Dom. Castillo, *plen. & optim. lib.* 4. *cap.* 15. *per tot.* Dom. Molina *lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 22. vbi Add. P. Thom. Sanch. *lib.* 11. *de Matrim. disput.* 33. *num.* 13. P. Molin. *disput.* 613. *num.* 8. Gutierr. *de Matrim. cap.* 20. *n.* 11. pudo averlo hecho siendo menor, y en vno, y otro caso no estando expressamente por los Fundadores excluida, podia creerse llamada, à lo menos por el extraordinario remedio de la restitucion. Pegas, *de exclus. & inclus. cap.* 10 *per tot.* Mier. *part.* 2. *quæst.* 4. *illat.* 8. *à numer.* 162. Menoch. *cons.* 1011. *num.* 8. & *cons.* 425. *num.* 1. Roxas, *part.* 3. *cap.* 13. *num.* 43. ibi: *Limitatur quinto quando successor qui tempore contraventionis erat minor, & defuncto, seu defuncta maculati sanguinis conjuge::: petat restitutionem in integrum, adversus contraventionem, nam jure minori securritur.:::* pudo no tener noticia de dicha condicion, ò à lo menos no individual, y no aviendo sido requerida con la Fundacion, pretender no hallarse excluida de dicha succession. Pegas, *Resolut. Forens. cap.*

cap. 4. à num. 6. & dict. cap. 10. de inclus. & exclus. num. 450. maxime quia non constat, marianam scienciam habuisse, illius precepti, & ignorantia presumitur regulariter, & ea data à privationis pena, excusari debet ::: notificandum esse, successorem Maioratus de institutionis precepto, quia vt pena privationis infligatur, requiritur sciencia illius precepti in individuo, & non suficit generalis, & in confuso; vbi late prosequit. Cancer, *part. 3. Variar. cap. 7. num. 299.* Ciriac. *Controvers. 491. à num. 92. vsq. ad 97.* Dom. Castill. *dict. loc. lib. 4. num. 42.* Dom. Molina, *lib. 2. cap. 13. à num. 31.*)

55. Esto fue lo que hicieron Don Garcia, y su muger (27. y 28) en su Mayorazgo. (*Mem. en el pleyto con Doña Rafaela num. 45. y 46.*) pues aunque impusieron igual condicion à las hembras, excluyendo a la que contraviniesse, admitieron sin embargo à la que estuviesse casada con estraño al tiempo de la vacante: para significar pues los Fundadores de estos Mayorazgos, no querian succediesse en ellos hembra que, ò no les obedeciesse, ò no estuviesse capaz de hacerlo, y excluir todo remedio de que se pudiessen valer, hicieron aquella expression que juzgaron, como lo era tan precissa.

59. El otro efecto, igualmente digno de consideracion, es excluir la linea de la contraventora, avian excluido à esta en la Clausula anterior de su linea, no avian hecho la menor expression, los varones no necessitaban de particular exclusiva, porque tenian qualidad opuesta à la apetecida por los Fundadores, las hembras debian creerse llamadas, si expressamente no fuessen excluidas, porque siendo de mejor linea, y grado capazes de cumplir la condicion, y por este medio de verificar el fin, que los Fundadores apetecieron, y no consiguieron en su madre la exclusion de esta, no podia extenderse à aquellas, pues ni la qualidad de la familia que tenia su madre, y ellas no, podia estimarse de consideracion, porque la agnacion que los Fundadores apetecieron en la succession de las hembras, fuessen estas agnadas, ò cognadas, siempre le avia de venir del Padre. (*casus expresus elucidatus à* Pegas, *dict. loc. de exclus. & inclus. cap. 14. à num. 70. casus optimus, & etiam ad rem expressus* Dom. Ferdinand. *de Matute disquisit legal. 36. à num- 45. vsq. ad fin.*), ni la exclusion de su madre, podia obstar à la inclusion, que por sus propias personas supondrian tener (Roxas, *part. 3. cap. 3. num. 25.* vbi Aguil. Dom. Castillo, *lib. 3. cap. 15. num. 72. nec eis obstat quod intrant in locum matris, quia succedunt per locum de remotione, seu privatione matris: vnde non asumunt materiam jam extintam sed sibi asumunt locum quem inveniunt vacantem, & num. 62. quia non est inconveniens, quod licet radix ipsa, seu mater inutilis sit ex mente disponentis, quæ totum facit palmites ipsi admitantur.* Dom. Salgad. *part. 2. Labyrint. cap. 25. à num. 12.*) para prevenir este caso, añadieron los Fundadores la expressada Clausula, declarando la absoluta exclussion, que en todo caso aviã de tener las que proviniessen, de aquella raiz de que quisieron desarraìgar sus Mayorazgos,

57. Esto que como verisimil mente de los Fundadores, sino huviessen expressado contraria voluntad, se creeria dispuesto por presumpcion de derecho, se convence de la Fundacion del Mayorazgo de D. Garcia, y su muger, que no obstante la exclusion de la contraventora à

le-

semejante condicion, llamaron, exclussos los varones, las hembras de la excluida. (*Mem. pleyto de Doña Rafaela num.* 45.)

58. La exclusion de las hijas de la contraventora, no puede ser argumento de la preferencia del varon *mas remoto*, à la hembra *mas propinqua*, absolutamente. Quisieron excluirlas los Fundadores, no solo por el varon aunque fuesse mas remoto, sino aunquando por defecto de varones, huviesse de passar la succesion à las hembras segun la forma regular, aunque por el llamamiento del varon se entendiessen tacitamente excluidas; pero en caso de averse de bolver la succesion à las hembras, pudieron contemplarse llamadas, y aun preferidas à todas sino huvieran sido expressamente excluidas, porq como ya entonces no les obstaba la qualid ad prelativa del varon llamado, y demàs hembras agnadas de mejor linea, y grado, à quienes à el tiempo de la vacante avia hecho transito la succession, tienen la qualidad de mejor linea, y grado, y capacidad para cumplir con el precepto, podian justamente pretender averseles debuelto la succession. (Pegas, *dict. loc. vbi casus est ad rem puntualis.* & D. Matut. *citat. num. marg.* 64.) y assi esta exclusion, que es excepcion del llamamiento de la hembra mas propinqua, no es suponer, que à qualquiera, que lo sea deba preferir à el varon absolutamente, sino que no obstante de debolverse la succession, despues de los varones à las hembras en la forma regular, las hijas de la excluida, no deben de modo alguno succeder.

59. Quando la expressada inteligencia de la Clausula (que ya por el arreglo que tiene a derecho, como todo el contexto de dichas Fundaciones es la genuina), pudiesse padecer alguna dificultad, no aprovecharia al Don Matheo (48), y Don Bartholomè (61), porque debiendo restringirse la substitucion de los varones mas remotos, para que no ceda en perjuicio de las hembras de mejor linea, (Dom. Molina, Add. Castillo, & alij supr. citat. num. 52.) solo podria entenderse llamado el varon mas remoto, quando por no aver alguno dentro de la linea de possession excluida la contraventora, y su linea, huviesse de hacer transito à otra, en cuyo caso, como que la translineacion era necessaria, pudiera creerse quisieron preferir la linea en que se hallassen varones, à la que por componerse de solas hembras dieron lugar posterior: pero hallando se personas habiles à cumplir el precepto, dentro de la linea de possession, no es verisimil quisiessen preferir à el varon, que se hallasse fuera de ella.

60. Y aunque vsaron de la expression, de que aunque *estuviesse en mas remoto grado*, puede referirse al caso, en que aviendo hembras de alguna linea postergada, como si v.g. huviessen dexado hembras los (46. y 47.), debiesse preferirles el varon, aunque estuviesse en grado mas remoto; porque contemplando los Fundadores la proximidad de todos los llamados, respecto de si mismos, y no de los substituìdos entre sì, en caso de translinear, podian pretender las hembras de linea postergada de mejor grado la succession; y assi hicieron aquella ampliacion en el varon, que substiuìan con arreglo à la regularidad, que dexaban establecida, sin embargo de la mayor proximidad de grado, que à su favor podian las hembras postergadas ponderar.

61. Aunque todo lo dicho cessara, no siendo la vacante causada por fallecimiento del Conde de Montegil (49), el segundo caso prevenido do

po los Fundadores, no pueden el Don Matheo (48), y Don Bartholomè (61) incluirse por razon del llamamiento en aquel caso especialmente hecho: este fue, si estuviesse casada la hembra, que avia de succeder con estraño, al tiempo que se le difiriesse la succesion: este no se ha verificado, pues aunque la Doña Cathalina (50), casò con Don Joseph Adorno, no se le defiriò la succesion por muerte del vltimo posseedor, por aver antes fallecido. (*Leg. Vnic. §. Sin autem, C. de cadut. tolend.* Cancer. *part. 3. cap. 21. num.* 84. Ayllon. ad Gom. *lib. 1. cap. 5. num. 9.* Dom. Castill. *lib. 4. cap. 55. num. 76.*). Verdad es, que se contempla dicha contravencion por Doña Leonor, para excluir, como quedò excluida en la Tenuta toda su linea, pero para preferir al Don Matheo (48), no succede por este medio, sino por el de la muerte del vltimo posseedor, como si solo huviesse tenido por vnica hermana, à la Doña Leonor. Y debiendo el Don Matheo (48), que se funda en aquel caso especial, verificar la misma substancia, que no ay, aun quando el llamamiento del varon mas remoto, fuesse como pretende para la presente vacante, no le puede aprovechar; quedando este caso como omitido, baxo la disposicion de la Clausula anterior, y siempre con respecto à los llamamientos, que establecieron en sus primeras Clausulas, en el modo regular. (Casanat. *consult. 29. num. 59. & sequent. Est enim generale, substitutionem pasivam ab activa declarari, vt illi dicantur, in substitutione pasiva in conditione possiti ad exclusionem substituti qui in substitutione activa precedenti, fuerunt dispositivè vocati.* Dom. Castillo, *lib. 4. cap. 55. num. 1.* Dom. Cresp. *observ. 22. num. 41. & sequent. Quemadmodum expresse vocati sunt priores, ceteri vocati censendi sunt, ordo etenim succedendi datus inter primo loco vocatos, inteligitur datus inter sequentes*).

§. II.

AUN QUANDO EL CASO DE LA PRESENTE vacante fuesse el segundo por los Fundadores prevenido, y el varon llamado con antelacion à todas las hembras, no son D. Matheo (48), y Don Bartholomè (61), los que llamaron.

62. QUando Doña Leonor Maria (51), no tuviesse otro llamamiento, que el de la *hembra mas propinqua*, que hacen los Fundadores despues del varon, en el segundo caso serìa clara la exclusion del Don Matheo (48), y Don Bartholomè (61), è inclusion de Doña Leonor. Dos qualidades quisieron los Fundadores en el varon que llamaron, en defecto de la Contraventora, la primera que fuesse de su *descendencia*; la segunda, que lo fuesse de la *generacion, y linage de Davila*, añadiendo Don Bartholomè (18), que lo avia de ser *por via de varon de su Padre* (*Mem. numer. 8. y 11.*) y no verificandose las expressadas qualidades (*Leg. 1. C. quor. bonor. Non aliter possessor constitui poteris, quam si*

re defuntì filium esse, & ad hereditatem, vel bonorum possessionem admissam esse probaveri. Dom. Castillo, *lib.4. cap.9. num.3. & lib.5. cap. 136. num.67. & 68.*) en dichos Don Matheo, y Don Bartholomè (48), y (61), ni aviendose opuesto en la presente vacante varon alguno, que las tenga, debe succeder la Doña Leonor (51), por el llamamiento que tienen las hembras mas propinquas, aunque fuesse este posterior, à el del varon mas remoto.

63. No se duda por lo respectivo al Mayorazgo fundado por Don Bartholamè (18), que el Don Matheo tenga la qualidad de descendiente, por ser nieto de Doña Leonor (38), que lo fue de dicho Fundador, pero le falta la segunda, igualmente por dicho Fundador prevenida en el varon, que quiso substituir: esta fue, que avia de ser *de la generacion, y linage Davila por via de varon de su Padre*: Permitase sin perjuicio de la verdad, que dichos Don Matheo, y Don Bartholomè (48. y 61.), sean del linage Davila por varonia, pero no lo son por via del varon del Padre de dicho Fundador; este fue Don Bartholomè (11), de quien no trae por su varonia descendencia Don Matheo (48), siendo solo quarto nieto de Don Garcia Davila (7), y quinto de Gomez Davila, Padre de dichos (7. y 11.): y siendo la qualidad segunda la descendencia por varonia de dicho Don Bartholomè (11), aunque tenga la qualidad de descendiente, no tiene las q̃ vnidas, quiso el Fundador en el llamado. (Rosa, *consult.60. per tot.* Dom. Salgad. *in Labyr. part.2. cap.10. à num.40. & de retent. part.1. cap. 14. à num.53.*)

64. Constando la filiacion propuesta del Don Matheo, y Don Bartholomè (48. y 61.), con evidencia del Arbol, insistir en su pretension por lo respectivo à este Mayorazgo, respecto del que nada han adelantado sobre su filiacion à lo deducido en la Tenuta, es dar à entender, que verifican la qualidad, que los Fundadores quisieron en el varon: Sino fuesse esto fundamento de su intencion, bastaria lo dicho à favor de la Doña Leonor, con la mera inspeccion de la Clausula, pero se hace necessario reflexarla con alguna mas consideracion.

65. El varon, que de su generacion, y linage Davila llamaron los Fundadores, no lo fue absolutamente, sino con la expression, de que avia de ser por via de varon de su Padre Don Bartholomè (11), que esta expression importe la precissa descendencia por varonia, es evidente. Dos veces hacen mencion los Fundadores de los del linage, y generacion Davila, vna quando imponen à la hembra successora la obligacion de casar con los de este apellido: otra, quando exclusa la casada con estraño à el tiempo de la vacante, y de diferirse el Mayorazgo, llaman al varon; en la primera solo nombran el linage absolutamente; en la segunda llaman à el varon de su descendencia de dicho linage por via de varon de su Padre: esta diversidad de los del linage, puestos en condicion, y substituìdos en dicho segundo caso, infiere con precission, que si la hembra cumple casando con Cavallero del linage Davila, solo està llamado el varon que traiga su varonia de Don Bartholomè (11). (Optimè Cardin. de Luca, *disc. 50. de Fideicomm. num.5.* vers. *Hæc autem regula conducit.* Dom. Molina, *lib.1. cap.13. n.17. iam relat.*)

66. De otro modo seria superflua aquella expression *de su des-*

cen-

cendencia, y por via de varon de su Padre; porque si bastasse la qualidad de dicho linage, no por la linea efectiva, sino por la contentiva de dicho Don Bartholomè (11), como que los varones puestos en condicion, para ser del linage Davila, no podian serlo sino por via de varon de la linea contentiva de Don Bartholomè (11) serian los mismos los puestos en condicion para el matrimonio, que el llamado para la succesion; y assi del todo superflua vna expression, que en la premeditacion con que està concevida, demuestra claramente la qualidad especial, que debia tener, el varon, que substituyò.

67. Es evidente, que todos los Davilas de Xerèz, tienen vn mismo tronco, y origen, que lo fue vno de sus Conquistadores. (Fr. Luis de Ariz, *Grandezas de Avila*, 3. *part*. §.9. *fol*.18. Alonso Lopez de Haro, *lib*.10. *cap*.30.) Si para ser del linage Davila por via de varon, del Padre del Fundador, bastara serlo por via del Abuelo, de cuyo medio se vale Don Matheo, podrian creerse substituìdos todos los Davilas puestos en condicion, porque si bastaba ser descendiente por via de varon del Abuelo del Fundador, para verificar la qualidad de varonia, *por via de varon de su Padre*, bastaria serlo de todos los demàs ascendientes, hasta el tronco, por ser no assignable particular razon: y no pudiendo creerse sin vna violencia summa, q̃ esta fuesse la mente de los Fundadores. (Optimè Cyriac. *Controv*.281. *à num*.70. *precipuè num*.75. & 76. *Et in quarto capite*, ibi: *De linea ipsa masculina, qui tunc reperietur proximior & senior de ipsius agnatione*; & *in quinto capite, deficientibus omnibus proximis, ipsi testatori, substituit proximiorem masculum talis descendentis vltimò loco (scilicet de linea masculina, & familia, & parentela deblandrate n*.3.), & *hæc est linea incipiens ab eius patre, quia est proximior filijs*: & *in hac poterant venire fratres Testatoris*, & *alij filij fratrum, prout allium fratrem habuit, dequo meminit in suo Testamento*. Cardinal. de Luca, *discurs*.33. *de Fideicomm*). En las qualidadades que quisieron tuviesse el subst tuto, sobre las generales, de los que avian puesto en condicion para el matrimonio, no aprovecha à Don Matheo (48), y Don Bartholomè (61) la descendencia que deducen de Don Garcia (7), hermano de Don Bartholomè (11), Padre del Fundador.

68. Quando este no huviera hecho la referida prevencion, se entenderia averla querido hacer assi, con arreglo à la disposicion de derecho. Por este solo se entienden llamados, los que son de la familia, y linage, por la linea efectiva de los Fundadores. (Dom. Castillo, *lib*.5. *cap*.93. §.16. *num*.9. Cardin. de Luca, *loc. cit. numer*.4. August. Barbosa, *appelat*. 135. *numer*.2.), à lo mas de la contentiva proxima. (Idem Cardin. de Luca, *num*.5. *In hoc autem, quidquid nostri varient, iuxta magis communem, quoties Testator relinquit propriam prolem, ita vt in ipso sit verificabilis iste terminus familiæ, efectivè, vel quod verificetur in eo quem testator familiæ stipitem constituere videtur, receptum est pro regula, vt indubio*, & *non concurrente contraria expressa, vel coniecturali voluntate, vocata censeatur solum efectiva, non contentiva vero*: *Multo vero magis vbi eidem regule, seù legali presumptione, aliquod adsistad adminiculum, illud presertim resultans ex pronomine, vel alio verbo perso-*

na-

nalitatem, seù restrictionem denotante, vt de verbo eorum, seù ipsorum; &c. Memor. numer. 8. *&* 11. ibi: *Del dicho su linage, y por via de varon de su Padre.*) extendiendose solo à la remota, quando la voluntad està clara, ò la arguyen congeturas precissas (*Idem numer.* 7. *satis enim probavile, ac verisimili disponentis adaptatum videtur, vt tantum ista proxima veniat, tamquam species efectiue, discrete, ab alia contentiva magis remota, & generali.* Cyriac. *loc. citat. à num.* 71. *vsque ad* 75.); porque siempre se cree, que los Fundadores llamando su familia, ò linage, solo hablan de aquella stirpe, raiz, ò cepa, que constituyen para todos sus descendientes, ò à lo mas la que constituyò su Padre, respecto de los Fundadores, y sus hermanos (Autor. citat. Cyriac. *numer.* 76. *iam relat.* Luca, *discurs.* 51. *eod. numer.* 2. *Fortius autem id procedere dicebam, in hac facti specie, vbi non legebatur expresse, nomen familiæ generale, sed solum virtualiter, & implicite, stante vocatione filiorum, & masculorum descendentium, & sic in casu fortiori: tum etiam, quia ind. cta ratione ex quo ampliatis desumebatur aderat pro nomen sua, quod importat restrictionem ad solam efectivam*); pues dibidiendose en tantas ramas, quantas lineas constituyen los hijos de los Fundadores, ò sus Padres (Roxas, *part.* 8. *cap.* 7. *numer.* 17. Robles, *de Represent. lib.* 2. *cap.* 30. *numer.* 18. *& lib.* 3. *cap.* 4. *numer.* 15. Mieres, *part.* 2. *quæst.* 6. *numer.* 70. Dom. Larr. *decis.* 51.), no toda la familia se cree llamada, sino solo los que de aquella particular stirpe, rama, ò tronco descienden.

69. Luego aviendo el Don Bartholomè (18), substituìdo al varon de su descendencia, de su linage Davila, por via de varon de su Padre, se evidencia; que el substituto solo fue aquel varon, que fuesse su descendiente por varonia, ò de Don Bartholomè (11). Tuvo el Fundador por hermano, à Don Gomez (19), previno, que entre sus descendientes, podia aver varones de varones, que por su inferioridad de linea, estuviessen pospuestos à las hembras, como se huviera verificado en los (46. y 47.) si huvieran dexado succesion varonil. A los descendientes, pues, de estas dos classes de varones, hijos, y hermanos suyos, fueron los que el Fundador (18) substituyò, à la hembra que contravino, pero no à los que aunque fuessen del linage Davila, no tuviessen la agnacion por su linea efectiva, ò contentiva proxima, que constituyò su Padre Don Bartholomè (Cyriac. *loc. citat. numer.* 76.).

70. No solo quiso dicho Fundador restringir el llamamiento, à esta classe de varones; sino que no pudo hacer otra cosa. El Mayorazgo fue fundado del tercio, y quinto. En èl està obligado à guardar la forma de succession establecida por la Ley del Reyno (P. Molina, *disput.* 602. *numer.* 10. Dom. Castillo, *lib.* 3. *cap.* 12. *numer.* 44. *& lib.* 5. *cap.* 128. Mieres, *part.* 2. *quæst.* 6. *numer.* 107. Gutierr. *lib.* 2. *Practicar. quæst.* 67. *numer.* 11. Dom. Molina, *lib.* 2. *cap.* 12. *numer.* 53. *&* 54. vbi Add. Roxas, *part.* 3. *cap.* 3. *numer.* 33. *& part.* 2. *cap.* 1. *numer.* 73. *& plurib. alis loc.*). Sigue esta en todo la succession intestada; de suerte, que la substitucion hecha por el Don Bartholomè (18), no fue otra cosa, que llamar en defecto de la hembra, à aquel varon, que si se tratasse de succederle abintestato precissamente le avia de succeder (Velazq. de

Avend.

Avend. *in leg. 27. Gloss. 2. n. 6. Quod cum tertium sit legitima filioru, respectu extraneorum, & directè non possit Pater, superstitibus, descendentibus id extraneo, seù transversali relinquere :: sed precisse teneretur casu quoterti ū restitui debeat, instituere proximiores, ad quos si filius Prelegatarius, abintestato decederet bona venirent.* Roxas; *part. 1, cap. 6. num.* 246. vbi Aguila).

71. Esto se hace claro con este hypotesi : supongasse, que à la Doña Cathalina (50), sólo le huviessen de succeder abintestato, los varones agnados, debiendo preferir el que fuesse mas proximo, ò porque la qualidad de agnacion fuesse prelativa; ò porq̃ por algun estatuto estuviessen excluìdos las hembras : en este caso, assi à la Doña Cathalina (50), como à qualquiera otra hembra, si muriesse abintestato, el varon que debia succeder, seria el mas proximo, de su linea contentiva, prefiriendo el descendiente del (18), à el que lo fuesse por varonia de el (11), y estos à qualquier otro transversal : Luego aviendo querido el Fundador substituir à el varon, que debia por el orden de la Ley Real, que es el de la succession intestata, no pudiendo ser otro el varon que succederia, que su descendiente, ò de su Padre, este fue solo el que llamò à la succession.

72. Excluìa el Fundador, de la succession de vn Mayorazgo de tercio, y quinto à vn descendiente suyo, con toda su linea, por incapaz de obedecer su precepto. Preferia à el varon en este caso, para la conservacion de su linage, y memoria, que en aquellas no podia conseguir : y como esta qualidad prelativa de vnos varones de inferior linea en vnos Mayorazgos regulares, à hembras de mayor proximidad, solo debia ser atendible dentro de su misma descendencia ; por esso solo à su descendiente, ò de su Padre, por varonia, prefirieron, y no à el que por esta qualidad les era à vno, y otro transversal, haciendo en el progresso de la succession, en el segundo caso de la contravencion, la misma preferencia del varon, que en los primeros llamamientos hicieron, y solo pudieron hacer (Casanat. Dom. Cresp. *loc. citat. numer. marginal.* 70. & Dom. Larr. *numer. marginal.* 21.); de modo, que assi como solo pudieron preferir, y prefirieron à sus hijos varones, à las hembras, en cuyo caso la varonia fue prelativa dentro de la misma linea, que le tenia por cabeza ; assi en el progresso de la succession, para que translineasse el Mayorazgo de la hembra que queria excluir, solo llamò, à el varon, que dentro de su descendencia, y por ella, ò por su Padre (11), tuviesse la referida qualidad.

73. El mismo contexto de la Clausula, està evidenciando esta verdad : en defecto de el varon substituyeron à la hembra mas propinqua de dicha su descendencia, generacion, y linage Davila, repitiendo en la hembra las circunstancias, de que queria se hallasse assistido el varon. En aquellas es claro, que la qualidad del linage la apetecieron por su descendencia, ò de Don Barthalomè (11), porque de otro modo, no podrian quedar excluìdas las hijas de la contraventora, que tambien lograban la descendencia, aunque por no serlo por via de varon no eran del linage, luego aviendo apetecido en los varones que llama-

maron la misma qualidad, que en las hembras que les substituyeron, no pudo ser otra que dicha varonia, por descendencia suya, ò de su Padre (11).

74. Lo referido procede en mas fuertes terminos, atendida la filiacion de Doña Leonor, esta es descendiente, no solo del Fundador, sino de Don Bartholomè (29), mejorado, y Confundador. (*Aut. citat. numer. margin.* 42.) Si se tratasse de succeder abintestato à Doña Cathalina (50), ò à el Conde de Montegil (49), solo podria succeder la Doña Leonor (51), à lo menos en los bienes que agregò dicho Don Bartholomè (29), la individuidad del Mayorazgo, haze que todos los bienes sigan vn mismo orden de succession. (*Aut. citat. numer. margin.* 40.): El Fundador, ò Fundadores (18. y 29.), con arreglo à la Ley del Reyno, no establecieron, ni pudieron otro orden de succession, que el de la intestada; luego si en esta por no ser Don Matheo, y Don Bartholomè (48. y 61.) descendientes dèl (29), no podrian preferir à Doña Leonor en la succession del Conde de Montegil (49), y Doña Cathalina (50), tampoco puede aprovecharles la qualidad de varon, que no tienen por la misma linea, de donde derivan la succession. (Roxas, *part.* 1. *cap.* 6. *numer.* 215. *idem respondens ad pereiram de castro: ibi: Enim recte iudicatum fuit contra matrem vltimi possessoris in favorem consaguinei transversalis, quia sola materna qualitas, nisi ex parte successibili est impertinens &c.* D. Perez de Lara *de Vita Hom. cap.* 30. *à numer.* 102.): De modo, que quando lo dicho pudiesse padecer alguna duda, en las precissas circunstancias de ser vnica descendiente de Don Bartholomè (29), no pudiera correr la pretencion de Don Bartholomè, y Don Matheo, como que tienen contra si vna absoluta inverosimilitud, de ambos Fundadores, quisiessen preferir la qualidad de varonia, havida por vna linea transversal remota, à la mejor linea, y grado de la vnica descendiente de vno de los Fundadores con quien el varon era por todos partes transversal. (*Videant. dictat. numer. margin.* 38.)

75. Dirà à caso Don Matheo que la dicha qualidad, que los Fundadores desearon se verifica, en los terminos, conque ha deducido su filiacion. No solo hizo mencion de los de su linage que lo fuessen por via de varon de su Padre, en el segundo caso de la contravencion, sino tambien en el vltimo llamamiento que hizo el Don Bartholomè (18). (*Memor. numer.* 5. ibi: *Y à falta de todos los nombrados, que succediesse el pariente mas propinquo varon, que huviera, y fuesse del linage, y apellido de los Cavalleros Davila de varon por virtud de su Padre (11), que entonces huviera*), llamò este despues de sus hermanos Don Gomez (19), y Doña Isabèl (20), al mas propinquo varon, de dicho linage con la misma expression: esta no puede restringirse à que los varones llamados la huviessen de tener, por via de varon, por descendencia de Don Bartholomè (11), porque suponiendo extintas todas las lineas de sus hijos, y hermanos, no solo no avria varones, de Don Bartholomè (11), sino que aun no podian ser sus descendientes, pues ya porque los avian llamado, ya porque la Ley del Reyno, admi-

mitiria aun à los excluidos por la contravencion. (Roxas, Molina, & *alij citat. numer. margin.* 83.), no podia tener lugar dicha substitucion, no solo aviendo varones, sino qualesquier descendientes de el (11): Luego la misma qualidad, que quiso el Fundador en el varon substituto, en dicho segundo caso, deberà entenderse de la qualidad del linage, avida por la linea contentiva del Padre del Fundador: y siendo assi Don Matheo (48), como resulta del Arbol, tiene la qualidad del linage, junta con la de descendiente, que deben concurrir en el varon.

76. Pero esta interpretacion, que se toma del vltimo llamamiento, que para este Mayorazgo hizo el Don Bartholomè (18), no puede tener lugar; lo vno: porque si assi fuesse se daria llamamiento anterior, por razon de la contravencion de la hembra, en competencia de todas las lineas, que antes avian llamado à el vltimo, que avian substituìdo con vna total inversion de lo que llevaban establecido: lo otro, porque aviendo hecho, en dicho vltimo llamamiento, la referida expression, con la de la mayor proximidad, assi como està dentro de la linea contentiva, solo se referia à la proxima, assi en la qualidad, que como prelativa entre sus descendientes, daba lugar al varon, en competencia de la excluìda hembra, aunque fuesse de la que expressamente nombraban, solo puede referirse à la varonia de la linea efectiva del Fundador (18), ò contentiva proxima, que constituyò su Padre (11). (*Aut. citat. numer. marginal.* 78. & *optime* Cyriac. *numer.* 76. versic. *Tertio, & vltim.*)

77. Y finalmente, porque aunque en dicho vltimo llamamiento, la expression *de el linage por via de varon de su Padre,* fuesse relativa à la linea contentiva, en todos sus grados, no puede entenderse del mismo modo, en la substitucion del varon, en defecto de la excluìda; porque alli trataba de perpetuar su memoria, en la conservacion del Mayorazgo, aqui solo de preferir entre sus descendientes, à el que tuviesse la qualidad, que en los primeros llamamientos, antepusieron; y como en aquel caso extintas las lineas de sus descendientes, y los de su Padre, no podria conservarse de otro modo el Mayorazgo, perpetuamente; por esto se refiere à la linea contentiva gradualmente, hasta el primer tronco, aunque sea por mil grados. (*Leg. Liberorum, ff. de verb. signif. Vt ex prole eorum, earumbe diuturnitatis nobis memoriam in ebunt relinquamus.* Dom. Molina, *lib.* 1. *cap.* 4. *per tot. precipue à numer.* 37. *vbi numer.* 42. *Id etiam ex Regni successione comprehenditur, vbi deficiente linea descendentis proximior transversalis ad Regni successionem admitendus erit, etiam ipse in milessimo gradu cognationis imbeniatur, vt provatur ex lege* 2. *tit.* 15. *part.* 2. ibi: *El mas propinquo pariente, vbi* Greg. *id declarat, id que in Maioratu servandum erit, vt etiam in milessimo gradu cognationis existens ad ejus successionem admitatur. vbi addent.*) Pero no en el caso de la substitucion prelativa, entre sus descendientes, queriendo observar el progreso, del mismo modo, que instituyeron en el ingresso la succession, y si el fundamento que se deduce de la Clausula puesta en dicho vltimo llamamiento probara, se seguiria que fuesse preferido à vn descen-

dien-

diente, el tranſverſal como en el vltimo llamamiento, ſolo ſe entiende llamado aquel.

78. Ni obſta que diga Don Matheo que la ſubſtitucion del varon, fue vn equivalente de aquella ſuccesſion, que mediante el precepto, apeteciò en las hembras el Fundador, de modo, que aſsi como los varones, que huviera tenido Doña Cathalina, ſino huviera caſado con eſtraño, ſino con Cavallero de ſu linage, huvieran tenido la qualidad de deſcendientes por ella, y del linage del Fundadador por el Padre, igualmente verificando en sì la deſcendencia por Doña Leonor (38), y agnacion por Don Sancho Davila (14), junta en ſi las qualidades apetecidas, en el varon llamado, propiamente ſubſtituido, de dicha qualidad, à los que ſi no fuera por dicha contravencion, huvieran ſuccedido.

79. Porque lo literal de dicho llamamiento, repugna à la interpretacion, lo otro porque el agnado, que reſultaria ſi la hembra huvieſſe cumplido el precepto, aunque ſolo ſeria agnado por ſu Padre, que podia ſerlo de la linea contentiva, tendria la de deſcendiente, dentro de la mejor linea, cuya conſervacion quiſieron los Fundadores en quanto fueſſe poſsible con la agnacion que pretendian. (*Aut. citat. in margin. numer.* 16. 17. 18. & 19.) Por cuyo motivo, por medio de dicho precepto la vnieron con la regularidad. El varon ſubſtituìdo aunque juntaſſe ambas qualidades, no ſeria dentro de la mejor linea, por lo que para compenſar eſta previnieron la varonia, por ſu deſcendencia, ò de ſu Padre, los Fundadores. Y ſi dicha interpretacion (que à caſo harà Don Matheo (48)), quiere tenga lugar, contra lo literal de la Clauſula, porque no ſerà preferida Doña Leonor (51), al Don Matheo (48), que cumpliendo el precepto, puede verificar en ſus hijos el complexo de ambas qualidades, que quiſieron preferir en Doña Cathalina (50), ſi no huviera contravenido, à el que en qualquier varon ſe hallaſſe, mediante la pretendida interpretacion?

80. Sea Don Matheo (48), del linage Davila, no eſtè hecha la miſma prevencion, que en el antecedente, en el Mayorazgo fundado, por los (32. y 33), pero tambien tiene notoria excluſion. El varon llamado ha de ſer preciſſamente de la deſcendencia, de los Fundadores. (*Memor. numer.* 11.) Eſta qualidad no la tiene Don Matheo, ni Don Bartholomè (48 y 61), luego abſolutamente le falta la qualidad porque ſe pretende incluir.

81. Ni obſta, que diga, que la qualidad de deſcendientes, ſolo puede entenderſe aviendo deſcendientes de los Fundadores, pero no, aviendoſe debuelto la ſuccesſion à los tranſverſales, como lo ſon todos los deſcendientes del Don Garcia (28), que ſolo en defecto de aquellos tuvo, y pudo tener lugar, porque eſtando llamado el varon de ſu deſcendencia, y en ſu defecto la hembra: es claro, que el caſo prevenido en dicha Clauſula, ſolo tiene lugar, quando la hembra deſcendiente eſtuvieſſe caſada, y aſsi no tiene llamamiento el Don Matheo: lo otro, porque quando dicho caſo ſe eſtendieſſe à todas las hembras, el llamamiento del varon, contra la regularidad de las ſubſtituciones, antes he-

hechas no puede entenderse repetido. (Dom. Molina, *lib.3. cap. 5. à numer. 10. vbi addent.*) Quedando la contraventora excluida con su linea, pero solo llamò del siguiente en grado, no el varon mas remoto, que debe restringirse dentro del caso literalmente prevenido.

82. Y siendo Doña Leonor la hembra mas propinqua, aun quando no tuviesse otro medio para incluirse, en competencia de Don Matheo, y Don Bartholomè (48 y 61), deberia ser absuelta de la Demanda que la han puesto, imponiendoseles perpetuo silencio, assi lo espera, S. S. I. O. S. S. C.

Lic. D. Juan Diaz de la Guerra.